Die Beweislast
beim
Provisionsanspruch des Mäklers.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Württembergischen Universität Tübingen

vorgelegt von

Ernst Bocke,
Gerichtsreferendar in Magdeburg.

Tübingen
Druck von H. Laupp jr
1919.

Von der juristischen Fakultät der Universität Tübingen am 14. März 1916 genehmigt.

Referent: Prof. Dr. v. Blume.

Dem Gedächtnis meines verstorbenen Vaters.

Inhaltsübersicht.

Literaturverzeichnis.

Betzinger: Die Beweislast bei Bedingungen (R. 5. Jahrg. 1907, 161 f.).
— — Die Beweislast im Zivilprozeß. 2. Aufl. 1904.
Beckh, H.: Die Beweislast nach BGB. 1899.
Cosack, K.: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. I. 5. Aufl. 1910 und 6. Aufl. 1913.
Crome, C.: System des deutschen bürgerlichen Rechts. I. 1900. II. 1902.
Daubenspeck, H.: Referat, Votum und Urteil. 11. Aufl. 1911.
Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. I. Abt. 4. Aufl. 1909; II. Abt. 3. Aufl. 1906.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches erläutert. I. 2. Aufl. 1908.
Eccius: Die Prozeßbehauptung eines Vertragsschlusses und die Beweislast dabei (Gruchot 45, 1901, S. 267 f.).
Endemann, F.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. 8. Aufl. 1903.
Entwurf I zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Enneccerus, L.: Das bürgerliche Recht; Einleitung, Allgemeiner Teil. Schuldverhältnisse. 1900.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. 1909.
Fitting, H.: Die Grundlagen der Beweislast (Z. f. d. Z. XIII, 1).
Gareis, K.: Der Allgemeine Teil des BGB. 1900. (vgl. Oertmann!).
Gaupp-Stein: s. unter Stein.
Goldmann E.-Lilienthal, L.: Das BGB., systematisch dargestellt, 1903. 2. Aufl. Bd. I.
Hedemann, J. W.: Die Vermutung nach dem Rechte des deutschen Reichs. 1904.
Hellwig, K.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, 1903. Bd. II, 1907. Bd. III, 1909.
— — System des deutschen Zivilprozeßrechts, Erster Teil, 1912.
Heine, G.: Der Mäklervertrag nach BGB. Diss. Leipzig 1903.
Hoffmann-Erler-Burlage-Busch-Dr. Ebbecke, Kichl, Schaffeld, Schmitt: Das BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 1913.
Kleinfeller, G.: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts: 2. Aufl. 1910.
Könige-Pinner-Bondi: Staubs Kommentar zum HGB. Bd. I. 1912. Bd. II, 1913.

Koffka: Ueber die Beweislast in Staubs Kommentar (DJZ., 4. Jahrg. 1899, S. 173).
Kuhlenbeck, L.: Der Mäklervertrag (JW., 36. Jahrg. 1907, S. 34 f.).
Landsberg, E.: Das Recht des BGB. Bd. I. 1904.
Langheineken: Anspruch und Einrede. 1903.
Leonhard, F.: Die Beweislast. 1904.
Mugdan-Falkmann: Rspr. Bd. 5, 1902. Bd. 6, 1903.
Neumann, H.: J. d. D. R. 2. Jahrg. 1905, I. 7. Jahrg. 1909. 8. Jahrg. 1910. 9. Jahrg. 1911.
— — Handausgabe für das BGB. Bd. I. 5. Aufl. 1909.
Oertmann, P.: BGB. Erstes Buch, Allgemeiner Teil. 2. Aufl. 1908.
— — BGB. Das Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1914.
Planck, G.: BGB. Bd. II. 3. Aufl. 1907.
Planck, J. W.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1896.
Puchta, G. F.: Vorlesungen über das heutige römische Recht. Bd. I. 4. Aufl. 1854.
Reichel, H.: Die Mäklerprovision. 1913.
Reinhold: in seiner Besprechung „Karl Mayer: Anspruch und Rechtskraft nach deutschem Zivilprozeßrecht" (Z. f. d. Z. 1897. Bd. XXIII, S. 211).
— — Zur Lehre von der Beweislast (Z. f. d. Z. Bd. 20 S. 113).
Reuling: Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler (Gruchot, 40. Jahrg. 1896, S. 193 ff.).
Rosenberg, L.: Die Beweislast nach der ZPO. und dem BGB., Berlin 1900.
— — Zur Lehre vom sog. qualifizierten Geständnis (in ArchZivPrax. Bd. 94, S. 1 ff.).
Rosenthal, A.: Zum Stande der Beweislastfrage (JW. 37. Jahrg. 1908, S. 257 ff. und S. 647 ff.).
Skonietzki, R.-Gelpcke, M.: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich, Bd. I, 1911.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.
Staub, H.: Kommentar zum HGB., 6. 7. Aufl. 1900, Bd. I (9. Aufl.: s. „Könige usw.").
v. Staudinger, J.: Kommentar zum BGB., Bd. I, 7. 8. Aufl. 1912, Bd. II, 7. 8. Aufl. 1912, Teil 1 und 2.
Stein, F.: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. I, 10. Aufl. 1911 (früher Gaupp-Stein).
Stölzel: Die Beweislast bei Bedingungen, bei Befristungen und bei Klagen auf den angemessenen Kaufpreis (R. 1901, 503).
— — Nochmals die Beweislast bei Befristungen (R. 1902, 571).
— — Schulung für die zivilistische Praxis, 1894.
— — Zum Stande der Beweislastfrage (JW. 37. Jahrg. 1908, S. 393).
Sydow-Busch: ZPO. und GVG. 12. Aufl. 1910 mit Deckblättern.
Unger, J.: System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts, II. Bd. 3. Aufl. 1868, S. 551 ff., § 129: Der Beweis!
Wach: Beweislast nach dem BGB. (Z. f. d. Z. XXIX, 359 f.).
— — Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (in K. Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 1885), Bd. I.

Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen, Zivil-, Handels- und Prozeßrecht, 8. Jahrg. 1910, 9. Jahrg. 1911.
Weber, A. D.: Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozeß, Halle 1832.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906.
Woltersdorf, F.: Die rechtliche Natur des Mäklervertrages, Diss. Jena 1904.

Abkürzungen.

Grundsätzlich fanden die Vorschläge des Deutschen Juristentages Anwendung. Aus und neben diesen sind folgende besonders hervorzuheben:

ArchZivPrax.	=	Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Franklin, Heck, M. Rümelin, Wendt.
BGB.	=	Bürgerliches Gesetzbuch.
GVG.	=	Gerichtsverfassungsgesetz.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung.
Gruchot	=	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Dr. Gruchot.
HGB.	=	Handelsgesetzbuch.
JDR.	=	H. Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts.
JW.	=	H. Neumann, Juristische Wochenschrift.
R.	=	Soergel, Rundschau für den deutschen Juristenstand („Das Recht").
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs und der Reichsanwaltschaft.
RGStr.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Rspr.	=	Mugdan u. Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
„Sörgel"	=	Sörgel, Rechtsprechung zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht.
Z. f. d. Z.	=	Busch, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.
ZPO.	=	Zivilprozeßordnung.

Kapitel I.

Die rechtliche Natur des Mäklervertrages.

§ 1. Der Mäklervertrag ein gegenseitiger Vertrag?

Der Mäklervertrag, der noch vor zwei Jahrzehnten ein Stiefkind der Rechtswissenschaft war, ist durch das Erscheinen des Bürgerlichen Gesetzbuches eine heißumstrittene Materie geworden.

Nach dem Wortlaut des § 652 Abs. 1, Satz 1 BGB. ist der Mäklervertrag das vertragliche Versprechen, für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages einen Mäklerlohn (Courtage, Sensalie, proxeneticum) zu zahlen, und enthält die Verpflichtung zur Entrichtung des versprochenen Lohnes, wenn der Vertrag infolge der Vermittlung des Mäklers zustande kommt. Das BGB. kennt nur eine einseitige Verpflichtung des Versprechenden; eine Verpflichtung zur Leistung des Mäklerdienstes kennt es meines Erachtens nicht [1]).

Es ist merkwürdig, daß trotzdem eine große Anzahl namhafter Juristen [2]) den Mäklervertrag für einen contractus bilateralis aequalis halten, ihn zu den „gegenseitigen Verträgen" zählen [3]). „Der Mäklervertrag verpflichte regelmäßig beide Parteien zur Vornahme der wechselseitig zugesagten Leistungen" [4])! Wo spricht indessen das BGB. von einem Wechselverhältnis der Verpflichtungen im Mäklervertrag, wo von einer Verbindlichkeit des Mäklers? Unverständlich ist es auch, wenn Landsberg [5]) be-

1) Ders. Ansicht: G. Planck, BGB. II. Bd., S. 631.

2) Crome, II, 701. — Dernburg, § 338, 2. — Düringer-Hachenburg, Vorbemerkung zum VIII. Abschn. V, 2. — Kuhlenbeck in JW. 1907, 34. — Landsberg, I, 469. — Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 7. Abschn., Vorbem. zum VIII. Titel. — v. Staudinger, Vorbem. z. VIII. Tit. Z. 6. — Cosack in seiner 6. Aufl. S. 623.

3) Kuhlenbeck in JW., 1907.

4) Crome, II, 709.

5) BGB., I, 469.

hauptet, der Mäklervertrag bilde „einen besonderen Fall des Werkvertrages, einen Vertrag, bei welchem die Werkleistung des einen Teiles darin bestehe, dem anderen Teil Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages nachzuweisen". Der Mäklervertrag soll nur eine „Abart des Werkvertrages" [1]) sein? Der Gesetzgeber scheint viel mehr bei der Normierung des Mäklervertrages einer Verwechslung mit dem Werkvertrag gerade entgegentreten zu wollen. Denn der Mäklervertrag kennt eine Vorschrift, die dem § 640 konform wäre, nicht. Es gibt beim Mäklervertrag des BGB. keine Abnahmepflicht des Bestellers, sondern lediglich eine Verpflichtung, nach Annahme des Nachweises oder der Vermittlung das Lohnversprechen zu erfüllen. „Der Anspruch auf Mäklerlohn setzt demnach nicht nur die Tätigkeit des Mäklers, sondern noch außerdem einen vom Willen des Mäklers unabhängigen Umstand, das Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäftes, voraus. Dem Ermessen des Auftraggebers bleibt es überlassen, ob er die vom Mäkler geleisteten Dienste annehmen will oder nicht. Erst wenn er sich für die Annahme entschieden und auf Grund der Vermittlerdienste das Geschäft abgeschlossen hat, wird er zur Zahlung der Vermittlergebühr verpflichtet" [2]). Das entspricht dem Sinne und Inhalt des Mäklervertrages, der vom Werkvertrag grundverschieden ist. Dem Mäkler wird nur die Gelegenheit gegeben, durch Nachweis oder Vermittlung sich Lohn zu verdienen. Dem Werkvertrag dagegen ist der § 640 notwendig; denn wie sollten die Unternehmer bestehen können, wenn der Besteller eines Werkes dasselbe noch ablehnen könnte, obwohl es vom Unternehmer unter großen Kosten geschaffen ist?

§ 2. **Der Mäklervertrag ein zufällig zweiseitig verpflichtender Vertrag?**

Eine zweite Ansicht [3]) zählt den Mäklervertrag nicht zu den contractus bilaterales aequales, den wesentlich zweiseitigen oder gegenseitigen Verträgen, sondern zu den zufällig zweiseitig verpflichtenden Verträgen, contractus bilaterales inaequales. Sie gibt zu, „daß der Mäkler sich zu seiner Vermittlertätigkeit nur bereit zu erklären, nicht aber sich dazu zu verpflichten braucht" [4]), behauptet aber trotzdem, „daß es schwerlich zutreffe, daß eine Verpflichtung des Mäklers dem Mäklervertrage widerspricht" [5]). Indessen erhellt aus dem BGB. ganz deutlich, daß sich eine

---

1) Crome, II, 709.

2) RGZ. 31, 289.

3) Cosack, 5. Aufl. I § 152; dagegen jetzt 6. Aufl. S. 623 anderer Ansicht! Siehe oben! — Enneccerus, § 292.

4) Cosack, 5. Aufl. I, 633.

5) Cosack a. a. O.

Verpflichtung zur Ausführung des Auftrages mit der Stellung des Mäklers nicht vereinigen läßt; selbstverständlich kann sich der Mäkler zur Leistung seiner Dienste auch verpflichten; dann ist aber kein Mäklervertrag vorhanden, sondern ein Dienst-oder Werkvertrag [1]) oder ein Auftrag im Sinne der §§ 662 ff. BGB.

§ 3. Der Mäklervertrag ein einseitiges Rechtsgeschäft?

Eine dritte Theorie [2]) will in dem Mäklervertrage nur eine besondere Art der Auslobung erblicken. Sie übersieht aber, daß die Auslobung nach der ins BGB. aufgenommenen Pollizitationstheorie [3]) lediglich eine „einseitige Verpflichtungserklärung" ist, während der VIII. Titel der einzelnen Schuldverhältnisse Mäkler-„Vertrag" lautet; nicht durch das einseitige Versprechen des Geschäftsherrn allein gelangt seine Verpflichtung zur Entstehung, sondern es wird zwischen beiden Parteien eine Vertragsabrede getroffen [4]).

§ 4. Der Mäklervertrag ein einseitig verpflichtender Vertrag!!!

Ich selbst halte den Mäklervertrag für einen einseitig verpflichtenden Vertrag, für einen contractus unilateralis [5]), und stelle ihn damit unter diejenigen Vertragstypen, denen z. B. auch Darlehen und Schenkung angehören. Es existiert lediglich die Verpflichtung des Versprechenden, den verspr. chenen Lohn nach der Leistungsannahme zu bezahlen. Durch den Abschluß des Mäklervert. ages verpflichtet sich nicht etwa der Mäkler, einen bestimmten Dienst zı leisten oder einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, sondern er erklärt sich nur da?u bereit; ihm wird nur die Gelegenheit gegeben, sich durch den Nachweis eines Kontrahenten oder durch die Vermittlung eines Vertrages einen Lohn zu verdienen [6]). Der Mäkler handelt nicht als Verpflichteter, sondern nur, um die Bedingung zu erfüllen, unter der ihm der Lohn versprochen worden ist; seine Leistung steht also nicht in obligatione, sondern in conditione.

---

1) Ders. Ansicht: Endemann, Lehrb. I, 1113, Anm. 8 zu § 17.

2) Reuling bei Gruchot 40, 207.

3) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 7. Abschn., Vorbem. zum IX. Titel.

4) G. Planck, BGB., Bd. II, S. 629 (ähnlich!).

5) Ebenso: Endemann, § 176, Ziffer 1. G. Planck, BGB., Bd. II, S. 628. Staub, Komm. Exk. zu § 92, Anm. 2. Woltersdorf, III. Abschnitt. Reichel S. 8.

6) Ders. Ansicht: G. Planck, BGB., Bd. II, S. 629. Woltersdorf S. 22.

Die sogenannte „Treupflicht" des Mäklers steht dieser Ansicht nicht entgegen; daß der Mäkler wegen Treueverletzung ersatzpflichtig werden kann, ergeben die allgemeingültigen Rechtsregeln der §§ 145 ff. BGB., die Rücksicht auf die Verkehrssitte nach Treu und Glauben [1]). Eine Ersatzpflicht des Mäklers aus dem Mäklervertrag in abstracto besteht keinesfalls. Vielmehr ist die „Treupflicht" nach dem jeweils vorliegenden Vertragsverhältnis in concreto zu bemessen. Es gehört nicht zum Wesen des Mäklervertrages, daß der Mäkler sich verpflichtet, für die Vermittlung des Vertrages tätig zu sein oder für das Zustandekommen des Vertrages einzustehen. Andererseits widerspricht jedoch die Uebernahme einer solchen Verpflichtung dem Wesen des Mäklervertrages nicht unbedingt; sie gehört nur nicht zu demselben. Hat der Mäkler eine Verpflichtung übernommen, so liegt, wenn nicht der Mäklervertrag dadurch vollkommen ausgeschaltet wird, zum mindesten nunmehr ein Mäklervertrag vor, der zugleich ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag ist, je nachdem die Verpflichtung des Mäklers darin besteht, nur tätig zu sein, oder aber, auch einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Es liegt dann noch ein neben dem Mäklervertrag herlaufender Vertrag vor, durch den das Wesen des Mäklervertrages nicht berührt wird. Grundsätzlich, d. h. wenn ein reiner Mäklervertrag abgeschlossen ist, ist der Mäkler zu irgend einem Handeln aus dem Vertrag nicht verpflichtet. Die Verpflichtung des Mäklers zu einer bestimmten Tätigkeit ist kein wesentliches Erfordernis des Mäklervertrages, und der Abschluß eines solchen begründet keine Vermutung dafür, daß eine solche Verpflichtung beabsichtigt sei. Allerdings besteht nach Treu und Glauben beim Mäklervertrag ein gewisses gegenseitiges Vertrauensverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Mäkler insofern, als beide Parteien dem mit Eingehen des Mäklervertrages beabsichtigten Endzweck nicht geradezu entgegenarbeiten dürfen und als der Mäkler, wenn er für seinen Auftraggeber irgendwie tätig wird, dessen Interessen zu berücksichtigen hat. Wirkt er illoyaler Weise dem Zustandekommen des Vertrages entgegen oder schädigt er sonst irgendwie schuldhaft die Interessen seines Auftraggebers, so ist er „wegen Treuverletzung" auf Grund der allgemeinen Rechtsregeln des BGB. haftbar [2]).

So steht der Mäklervertrag den gewöhnlichen gegenseitigen Verträgen zwar sehr nahe, deckt sich jedoch keineswegs mit ihnen.

1) Vgl. hierüber die eingehende Behandlung dieser Frage bei Reichel S. 133 ff. Nach ihm handelt es sich bei der Treupflicht des Mäklers um eine wirkliche Rechtspflicht, die aber unter Hinweis auf § 677 BGB. auch eine Stütze im Gesetz findet.

2) So Staub S. 323, G. Planck, BGB., Bd. II, S. 629. Vgl. JW. 1910, S. 248 Ziff. 15, Seuff. Arch. Bd. 56, Nr. 73, Gruchots Beitr. Bd. 45, S. 1012.

§ 5. Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht.

Daß diese Auffassung die richtige ist, erhellt aus der Gegenüberstellung der §§ 653 und 652 zu den §§ 612 und 611 und den §§ 632 und 631. Wie nämlich die §§ 612 und 632 eine besondere gesetzlich vermutete Vereinbarung bez. der Verpflichtung des Dienstherrn bzw. des Bestellers enthalten, so regelt auch der § 653 die stillschweigende Mäklerlohnvereinbarung. Alle drei Paragraphen regeln lediglich die Stellung des einen Kontrahenten, treffen die Ausnahmebestimmung, daß die Vergütung unter diesen Umständen nicht ausdrücklich versprochen zu sein braucht, sondern als stillschweigend vereinbart gilt. Diese Ausnahmebestimmung enthält jeder von ihnen, aber eben nur diese. Im übrigen lassen sie die Tatbestandsmomente des jeweils vorausgehenden Paragraphen, im besonderen die rechtliche Stellung des anderen Kontrahenten unberührt, so daß also in § 612 das Dienstleistungsversprechen, in § 632 das Werkherstellungsversprechen enthalten bleibt, diese Versprechen, die dann eben durch die erfolgte Leistung des versprochenen Dienstes oder Werkes ausgelöst werden; man kann demnach in § 612 vor Dienstleistung und in § 632 vor Herstellung des Werkes das Wort „versprochene" einsetzen. Wäre der Mäklervertrag gleich dem Dienstvertrag oder Werkvertrag ein gegenseitiger Vertrag, so handelte es sich bei ihm ebenfalls um eine versprochene Leistung des Mäklers. Der § 653 hätte mithin einen besseren Wortlaut so gefunden: Ein Mäklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die vom Mäkler versprochene (oder übernommene) Leistung . . . .! So aber konnte sich natürlich das BGB. nicht ausdrücken, da es eben den Mäklervertrag nicht für einen gegenseitigen Vertrag hält; es kennt kein Leistungsversprechen, keine Obligation für den Mäkler. Daß es aber das Wort „übertragene" vor Leistung gesetzt hat, liegt daran, weil es damit die Reulingsche Theorie gleichfalls verwerfen wollte. Das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Mäkler muß immer ein contractus sein; es muß wirklich ein Mäklervertrag bestehen. Dieser Vertragsabschluß braucht zwar nicht ausdrücklich zu sein, kann vielmehr auch durch schlüssige Handlungen erfolgen. Die Mäklerleistung muß aber stets vom Geschäftsherrn gewollt sein [1]). Damit tritt das Gesetz „dem Mißverständnis, als könne der Mäkler auch eine Vergütung verlangen, wenn er unaufgefordert tätig geworden sei" [2]), entgegen. Die Leistung ist zwar vom Mäkler nicht versprochen, muß ihm aber vertraglich, wenn auch nur stillschweigend, „übertragen" sein; denn der Mäklervertrag ist ein contractus unilateralis.

---

1) Vers. Ans.: Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 653 und G. Planck, BGB. Bd. II, S. 631.

2) G. Planck, BGB. Bd. II, S. 631.

§ 6. Gläubiger- und Schuldnerverhältnis im Mäklervertrag.

Es wird sich also stets nur folgende Rollenverteilung bei Leistungs klagen aus Mäklervertrag ergeben: Gläubiger ist der Mäkler, Schuldner der den Mäklerlohn Versprechende, sobald der Vertrag durch des Mäklers Tätigkeit zustande gekommen ist. Im Normalfall einer solchen reinen Mäklervertragsklage wird also nur der Mäkler Kläger sein können. Von den Besonderheiten der §§ 655 und 656 wird hier abgesehen. Ebenso findet der § 654, der allerdings eine andere Situation hervorrufen kann, in der vorliegenden Arbeit keine Beachtung, da es sich bei ihm, falls der Unternehmer einen etwa gezahlten Lohn zurückfordert, lediglich um eine verkappte Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung (condictio sine causa) oder wegen unerlaubter Handlung handelt.

Im Regelfalle der Mäklervertragsklage verlangt der Kläger (Gläubiger, Mäkler) vom Beklagten (Schuldner, Geschäftsherrn) den versprochenen Lohn. In diesem Prozeß ensteht die Frage nach der Beweislast beim Provisionsanspruch des Mäklers.

Kapitel II.

Allgemeines über die Beweislast.

§ 7. Stellung des BGB. zur Beweislastfrage.

Wenn schon über die Natur des Mäklervertrages Kontroversen vorhanden sind, so ist dies in bezug auf die Beweislastverteilung noch viel mehr der Fall. Denn die Frage nach der Beweislastverteilung (materielles Prozeßrecht) scheidet die Rechtswissenschaft in zwei Lager. Jeder Jurist muß hierzu Stellung nehmen und sich der einen oder anderen Meinung anschließen. Wer die Frage nach der Beweislastverteilung im heutigen Recht beantwortet haben will, kann die Antwort nicht dem BGB. entnehmen.

Der erste Entwurf des BGB. hatte zwar eine prinzipielle Beweisregelung enthalten. „Bei der zweiten Lesung strich man sie, weil man die Materie zur gesetzlichen Regelung ungeeignet erachtete. Da keine technischen Gründe entgegenstanden, sei — nach Wachs [1]) Ansicht — nicht einzusehen, warum die grundsätzliche Verteilung der Beweislast im BGB. keine Aufnahme gefunden hat, zumal die ZPO. sie nicht enthält.“ Daß die

1) Wach, Beweislast nach BGB. (Z. f. d. Z. 1901, XXIX, 359 f.).

ZPO. keine Beweisregeln enthält, geschieht in der guten Absicht, das materielle Prozeßrecht nicht zu einem unmittelbaren Teile des formellen Prozeßrechtes zu machen; denn, wenn auch die Verteilung der Beweislast sich aus prozeßrechtlichen Grundsätzen, nicht etwa aus Grundsätzen des Privatrechtes ergibt, da ja die Beweisbelastung nur „im Prozeß praktisch wird und für ihn bestimmt ist“ [1]), so ergibt doch der betreffende Tatbestand erst, welche Tatsachen rechtserzeugend, welche Tatsachen rechtshemmend oder rechtsvernichtend sind; und dieser Tatbestand resultiert nicht aus dem Prozeßrecht, sondern aus dem materiellen Recht. Deshalb konnte eine grundsätzliche Regelung der Beweislast, wenn überhaupt, so nur in letzterem stattfinden. Daß aber auch dieses nicht geschah, liegt daran, daß man zur Frage nach der Beweislastverteilung keine prinzipielle Stellung nehmen wollte. Die zweite Kommission strich die §§ 193—198 des Entwurf I des BGB. wieder, weil sie der Wissenschaft das materielle Prozeßrecht zu freier Bearbeitung überlassen wollte [2]).

So enthält das BGB. wohl mehrere Einzelbestimmungen über die Beweislast in konkreten Tatbeständen, aber keine allgemeinen Vorschriften über die Regelung der Beweislast [3]). „Und wie sollte es auch? Die Schwierigkeiten, die sich hier aufdrängen, liegen lediglich auf dem Gebiete logischer Denkoperation, der klaren Unterscheidung von Einrede und Leugnen des Klagegrundes“ [4]).

Solche Einzelregelungen enthalten die §§ 179, 282, 345, 358, 363, 442, 445, 542, 636, 2336, 2338. Sie sind selbstverständlich stets zu befolgen und ihr Vorliegen zu prüfen. Erst, wenn sie nicht Anwendung finden, müssen Logik, Zweckmäßigkeit und Billigkeit die Beweislast regeln.

§ 8. Ablehnung des Satzes: „Wer behauptet, muß beweisen“ und damit zugleich des Satzes: „Den Kläger trifft primär die Beweislast“.

Zunächst „versteht es sich, daß jeder, dem es darum zu tun ist, unter dem Schutze richterlicher Gewalt im Staate etwas zu erlangen, den Gerichten Wahrheiten vorbringen, folglich, wenn diese noch nicht ausgemacht sind“ und vom Gegner bestritten werden, „den Beweis übernehmen muß“ [5]). Wer also ein Recht geltend macht, muß, wenn die Behauptung über die das Recht begründenden Tatsachen vom Gegner bestritten werden, dem

1) Stein, S. 695, 696 zu § 282, IV, III.
2) Ders. Ans.: Stein a. a. O.
3) Aehnlich: F. Leonhard, Die Beweislast, S. 248 f.
4) Wach, Beweislast nach BGB. (Z. f. d. Z., 1901, XXIX, 392).
5) A. D. Weber, 112.

Richter das Vorliegen dieser Tatsachen beweisen. Er muß seine Klage begründen und den Klagegrund nötigenfalls durch Beweis erhärten. Die Geltendmachung von Rechten zieht die Beweislast der das Recht begründenden Tatsachen nach sich [1]). Dies gilt aber in gleicher Weise für den Beklagten; wenn er also nicht mit Klageleugnung, sondern mit dem Vorbringen von Gegenrechten antwortet, so trifft ihn bezüglich ihrer die Beweislast. „Daraus folgt, daß derjenige, der eine Rechtsfolge behauptet, diejenigen Tatsachen behaupten und“ im Bestreitungsfalle „beweisen muß, die kraft des Gesetzes den Schluß auf die begehrte Rechtsfolge zulassen, den Tatbestand der anzuwendenden Rechtsnorm, wobei es zunächst gleich gilt, ob die Rechtsnachfolge in der Entstehung oder der nachträglichen Veränderung oder dem Untergange eines entstandenen Rechtes besteht, ob die Tatsachen also rechtsbegründend oder rechtsändernd oder rechtszerstörend wirken“ [2]). Mit anderen Worten: Den Tatbestand der Entstehung eines Rechtes hat derjenige im Bestreitungsfalle zu beweisen, der sich auf dies Recht stützt. Stützt sich mit seiner Klage dagegen jemand auf die Veränderung oder das Erlöschen eines Rechtes, so liegt ihm der Beweis dieser Negative ob. „Daraus, daß von beiden Parteien Tatsachen behauptet werden, kann sich für beide Parteien das Beweisbedürfnis ergeben, und alsdann entsteht die Frage nach der Verteilung der Beweislast“ [3]).

Den von manchen verteidigten Satz: „Die Beweislast trifft zuerst den Kläger“ halte ich für unrichtig. Den Kläger trifft lediglich zuerst die Behauptungslast. Denn, wenn auch ein innerer Zusammenhang zwischen Behauptungs- und Beweislast vorhanden ist, da es ohne Behauptungslast keine Beweislast gibt, so sind doch beide etwas ganz verschiedenes. Von einer „primären Beweislast des Angreifers“ [4]) zu reden, ist meines Erachtens nicht ganz korrekt. Vielmehr besteht lediglich eine primäre Behauptungspflicht des Angreifers. Von dem Verhalten des Angegriffenen erst hängt dann die Beweisbelastung ab; diese gestaltet sich ganz verschieden, je nachdem der Beklagte zugesteht, leugnet oder exzipiert. Der von Wach [5]) geprägte prozeßrechtliche Satz, „daß sich der Richter auf Grund des Vorbringens der spezifisch rechtserzeugenden Tatsachen vorerst der Existenz des Rechts überzeugt zu halten habe, bis seitens des Beklagten rechtshindernde oder rechtsvernichtende oder rechtsunwirksam machende Tatsachen dargetan werden“, ist richtig, gibt aber nicht eine Norm für die Regelung der Beweislast, sondern bestimmt lediglich die Behauptungs-

1) So: Kleinfeller, Lehrb. d. D. Zivilprozeßrechts, S. 339.
2) Stein, S. 697.
3) Kleinfeller, 339.
4) Beckh, 15.
5) Handbuch d. d. Z. I, 126.

pflicht des Beklagten. Dieser muß der Behauptung des Klägers in irgend einer Weise entgegnen. Erst davon, wie er sich verteidigt, hängt die Beweisverteilung ab. Auch der Ansicht, die „Schlüssel der Lehre von der Behauptungs- und Beweislast lägen im Prozeßrecht, in der Verhandlungsmaxime“ [1]), kann ich nicht zustimmen. Aus der Analyse der Sätze: ne procedat judex ex officio; ne eat ultra petita partium; quod non est in actis, non est in mundo folgt lediglich die Behauptungspflicht der Parteien. „Die Konsequenz ist die, daß außer den von den Parteien zur Kenntnis des Richters gebrachten Tatsachen weitere Tatsachen, die auf die Entscheidung von Einfluß sein könnten, als nicht vorhanden gelten“ [2]). Damit ist aber für die Regelung der Beweislast noch gar nichts gewonnen. Diese liegt auf anderem Gebiete; sie ist nicht, wie Reinhold sagt, allein aus den Regeln des Prozeßrechts, sondern auch aus dem materiellen Recht zu entnehmen. Gewiß bildet der Satz: quod non est in actis, non est in mundo, der Grundsatz der Verhandlungsmaxime, insofern eine Voraussetzung zur Beweisbelastung der Parteien, als durch sie die Parteien und nicht das Gericht für die Heranschaffung des Prozeßmateriales verantwortlich sind [3]); und nur da, wo dies der Fall ist, hat man die Veranlassung und Berechtigung, von einer Behauptungs- und Beweislast zu reden.

Aber die Verhandlungsmaxime ergibt als solche nur, daß der Beweis von den Parteien erbracht werden muß, nicht dagegen: von welcher Partei er zu erbringen ist! Es wäre daher unrichtig, wollte man die Prinzipien der Beweislastverteilung in diesen Grundsätzen erblicken [4]).

Die Beweislast kann wohl mit der Behauptungslast zusammenfallen, muß es aber nicht unter allen Umständen tun [5]). Wenn auch „der Gedanke, daß demjenigen der Beweis obliege, der eine Behauptung aufstellt, sehr nahe liegt und auch schon in römischen Rechtsquellen seinen Ausdruck gefunden hat“ [6]), so ist er doch ungenau; denn einmal müssen die Parteien bisweilen allgemeine Erfahrungssätze, ja sogar Rechtssätze behaupten, die überhaupt nicht Gegenstand der Tatsachenfeststellung sein können, zum andern kann die Beweislast dadurch wegfallen, daß der Gegner die betreffende Behauptung zugesteht. In dem einen Falle ist die Behauptungslast weiter als die Beweislast, im andern Falle ist überhaupt keine Beweislast

---

1) Reinhold, Z. f. d. Z. XX, 133.
2) Reinhold, Z. f. d. Z. XX, 133.
3) Ders. Ans.: Skonietzki-Gelpcke S. 736, § 282, Anm. 4, vgl. auch Hedemann, Die Vermutung, S. 125, Anm. 15.
4) Ders. Ans.: Stein S. 694 f.
5) Ders. Ans.: Kleinfeller, 342.
6) Reinhold, Z. f. d. Z. XX, 113.

vorhanden. Ebenso liegt bei der Klageleugnung eine Behauptungslast ohne Beweislast vor. Denn wenn es dem Kläger nicht gelingt, die vom Beklagten geleugneten Tatsachen zu beweisen, so ist die Klage abzuweisen, ohne daß der Beklagte die Unwahrheit der klägerischen Ausführungen bewiesen hätte. Damit, daß dem Kläger der vorgenommene Beweis nicht gelungen ist, ist noch nicht gesagt, daß seine Behauptung unwahr gewesen. Trotzdem muß er mit seiner Klage abgewiesen werden. Der Beklagte muß nur leugnen, braucht aber die Unwahrheit der gegnerischen Behauptung nicht zu beweisen [1]). Die Beweislastverteilung kann also nicht auf Grund des Satzes vorgenommen werden, wer eine Behauptung aufstellt, müsse beweisen, sondern danach: Wer eine Behauptung aufstellt, die zur Rechtsbegründung seines Antrags unentbehrlich und beweisbedürftig ist, hat sie zu beweisen. Diese beiden Momente müssen stets vorliegen: die Behauptung muß einmal zur Rechtfertigung des Antrags unentbehrlich und zweitens beweisbedürftig sein. Unentbehrlich ist aber jede Behauptung, wenn sie aufgestellt werden muß, um einen günstigen Ausgang des Prozesses herbeizuführen, und beweisbedürftig ist diese dann, wenn sie vom Gegner geleugnet wird [2]). Das erste Moment ergibt sich aus der materiellen Grundlage des ganzen streitigen Verhältnisses in abstracto, das zweite lediglich aus dem prozessualen Vorbringen der Parteien in concreto. Die Frage nach der Unentbehrlichkeit einer Behauptung sucht festzustellen, was zu beweisen ist; die Frage nach der Beweisbedürftigkeit dagegen will ergründen, ob die eine oder die andere Partei gerade beweisen muß, d. h. wer zu beweisen hat. Für den Kläger werden stets die Momente des Mindesttatbestandes (des Klagegrundes) unentbehrlich sein.

Die Beweislast trifft nicht den Kläger allein; bringt der Beklagte eine (ihm unentbehrliche) Einrede [3]) vor, so trifft ihn bezüglich ihrer für das erste die Beweislast; ob sie bei ihm bleibt, hängt davon ab, ob der Kläger die Einrede bestreitet oder ob er repliziert. Im ersten Falle trägt Beklagter, im zweiten Kläger die Beweislast. Denn „diejenige Partei trägt die Beweislast für eine Tatsache, die an ihrer Berücksichtigung im Urteil interessiert ist“ [4]).

---

1) So Kleinfeller, 343.

2) Aehnlicher Ansicht: Reinhold, Z. f. d. Z. XX, 125. Betzinger, Beweislast im Z.P., S. 94.

3) Im Sinne der ZPO.

4) Stein S. 694.

§ 9. Aufstellung der drei Fundamentalsätze der Beweisbelastung.

So entstehen also die Sätze:

I. Behauptungsleugnung wirft stets die Beweislast auf den Gegner.

II. Die Beweislast der Einrede trägt der, der sie geltend macht; es beweist der Beklagte die Einrede, der Kläger die Replik, der Beklagte die Duplik usw. Hierzu tritt noch von Gesetzes wegen Satz III: Die von einer Partei behaupteten und vom Gegner zugestandenen Tatsachen bedürfen keines Beweises (§ 288 ZPO.).

§ 10. Ablehnung des Satzes: „affirmanti, non neganti incumbit probatio".

Diese drei Sätze enthalten aber nicht etwa die von Fitting verteidigte alte Regel: affirmanti, non neganti incumbit probatio: diejenige Partei, die sich auf eine Negative beruft, bürdet den Beweis der entgegengesetzten Affirmative dem Gegner auf[1]). Das ist nicht der Fall! Wenn auch diese Regel „überall, wo sie anwendbar ist, in der einfachsten Weise zu der sachgemäßen, vom praktischen Bedürfnisse, wie vom Rechtsgefühl geforderten Verhandlung führt"[2]), so steht doch fest, daß sie eben nicht überall anwendbar ist. Vielmehr gibt es in der Tat Negativen, die zum Klagegrund gehören und deshalb vom Kläger zu beweisen sind. Wenn ein Nichtsein Voraussetzung des Mindesttatbestandes ist, so muß auch dieses Nichtsein bewiesen werden; außerdem wird häufig eine positive Tatsache nur aus sprachlichen Gründen in negativer, eine negative in positiver Form ausgedrückt[3]). So steht die herrschende Ansicht auf dem Standpunkt, daß die einen Anspruch behauptende Partei die rechtserzeugenden (nach meiner Ausführung: unentbehrlichen, beweisbedürftigen) Tatsachen — die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale im Bestreitungsfalle —, mögen sie in negativer oder positiver Form vorliegen, zu beweisen hat, dagegen die Beweislast bezüglich der rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen, wenn sie von der klägerischen Partei bestritten werden, die beklagte Partei trifft (da sie für letztere unentbehrlich sind)[4]), d. h. mit anderen Worten: nicht der Gesamttatbestand, sondern der Mindesttatbestand ist zu beweisen, nämlich: diejenigen „positiven und negativen Tatsachen, die mindestens vorliegen müssen, um den Richter

1) Aehnlich: Betzinger, Beweislast im Zivilprozeß, S. 74.

2) Fitting, Grundlagen der Beweislast, Z. f. d. Z. XIII, 1 ff.

3) Ders. Ans.: Betzinger, Beweislast im Ziv.Pr. S. 75, Rosenberg, Beweislast nach ZPO. und BGB., S. 118.

4) So Daubenspeck S. 100 und JDR. 1905, I.

zu berechtigen, den Schluß zu ziehen“ [1]). Welches jeweils der Mindesttatbestand ist, dies ergibt sich aus den für den Einzelfall vorliegenden Gesetzesnormen. Es bedarf hier meines Erachtens in jedem Falle einer genauen Untersuchung des Aufbaues des gesetzlichen Tatbestandes, einer Analyse desselben, einer Zerlegung in die entsprechenden gesetzlich einschlägigen Vorschriften, um herauszufinden, welcher Tatbestand als Mindestnorm für den Kläger in Betracht kommt, eines Verfahrens also, wie es „bei Anwendung der Strafgesetze von jeher geübt wird“ [2]). Ein solches Analysierungsverfahren kann natürlich erst dann begonnen werden, wenn festgestellt ist, daß keine Einzelbestimmung des BGB. Anwendung findet. Denn eine solche wirkt stets primär und würde somit jeden anderen Beweisverteilungsversuch scheitern lassen.

Kapitel III.

Die Beweislast beim Provisionsanspruch des Mäklers.

§ 11. Beweislastverteilung, wenn der Mäklervertrag ein zweiseitiger Vertrag wäre.

Wie ist nun die Beweislast in dem Prozeß zu verteilen, den der Mäkler wegen seines Provisionsanspruches gegen den Geschäftsherrn anstrengt?

Bei der Beweislast beim Mäkleranspruch handelt es sich — abgesehen von der Klageleugnung — im wesentlichen um zwei Fälle:

1. Dem klagenden Mäkler setzt der Beklagte den Einwand entgegen, der Mäkler habe nicht auftragsmäßig gehandelt;

2. der Klage des Mäklers auf den üblichen Lohn wird der Einwand entgegengesetzt, es sei eine geringere Provision vereinbart.

Um die Fragen, die sich bei der Behandlung der Beweislast beim Provisionsanspruch des Mäklers ergeben, eingehend und sachgemäß beantworten zu können, ist, wie im § 10 besprochen, zweierlei in Erwägung zu ziehen: einmal muß der Mindesttatbestand gefunden werden; zum andern ist zu prüfen, ob für die Beweisverteilung etwa eine der Einzelbestimmungen des BGB., etwa der § 363, Anwendung findet. Diese beiden Prüfungen sind ja vor jeglicher Regelung der Beweislast anzustellen.

1) Stein S. 697.
2) Stein a. a. O.

Die letztere Frage ist nun verschieden zu beantworten, je nachdem man den Mäklervertrag für einen gegenseitigen Vertrag hält oder nicht. Wer die von mir abgelehnte Ansicht vertritt, der Mäklervertrag sei ein contractus bilateralis, der Mäkler sei also Vertragsschuldner, wird für die Verteilung der Beweislast beim Mäkleranspruch für eine Reihe von Zweifelsfragen aus dem BGB. selbst die Antwort erhalten. Wenn beispielsweise der Beklagte behauptet, der bei Abschluß des Mäklervertrages in Aussicht genommene Vertrag sei nicht oder nur unvollständig zustande gekommen, z. B. es sei vereinbart gewesen, der Mäkler solle dem Auftraggeber ein Darlehn verschaffen, es sei aber nur ein Darlehnsversprechen zustande gekommen, so müßte hiernach gemäß § 363 BGB. ohne weiteres der Beklagte die Beweislast übernehmen; hat nämlich der Gläubiger die Leistung vertragsgemäß angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er sie deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei (§ 363 BGB.). — Nach den Ausführungen in Kapitel I darf jedoch nicht in dieser Weise verfahren werden; der Mäklervertrag ist kein zweiseitiger Vertrag; § 363 findet auf ihn nicht Anwendung! Auch der Satz: „Schließt der Auftraggeber auf Grund des Nachweises einen Vertrag ab, so kommt es nur darauf an, ob das abgeschlossene Geschäft die ursprüngliche Absicht des Auftraggebers ökonomisch verwirklicht; ob im Einzelfalle die Abweichung von dem beabsichtigten Geschäft als wesentliche und infolgedessen den Anspruch auf Mäklerlohn beseitigende oder nur als nebensächliche zu gelten hat, ist Tatfrage“ [1]) ist unrichtig und „kann in dieser Allgemeinheit nicht anerkannt werden“ [2]); denn § 320, Abs. 2 findet auf den Mäklervertrag keine Anwendung, da er kein gegenseitiger Vertrag ist [3])!

Die Antwort ist nach meiner Ansicht auf einem anderen Gebiete zu suchen.

§ 12. **Welches sind die Tatbestandsmerkmale des Mindesttatbestandes im Mäklervertrag?**

Da andere Einzelbestimmungen des BGB. gleichfalls nicht zur Anwendung kommen, so halte ich es für die Frage nach der Beweislastverteilung beim Mäklervertrag für notwendig und zweckmäßig, das Verhältnis der §§ 652 und 653 zueinander und ihre Tatbestandsmomente zu erörtern, um den „Mindesttatbestand“ zu finden, ehe ich auf die Regelung der Beweislast selbst eingehe. Wenn auch durch diese Methode die Auffindung

---

1) JDR. 7. Jahrg. 1909, 272.
2) JDR. 8. Jahrg. 1910, 264.
3) Dernburg, Schuldverh. § 94, 243.

der Beweislastverteilung eine umständliche Tätigkeit voraussetzt, so ist sie doch praktisch unumgänglich notwendig, da sie erst feststellt, was zu beweisen ist.

Wenn ich am Anfang der Untersuchung besprochen habe, daß die §§ 612, 632, 653 lediglich Ausnahmevorschriften bezüglich eines Punktes der Regelvorschriften des jeweils vorausgehenden Paragraphen enthalten, so steht auch umgekehrt fest, daß der § 653 sich zu dem § 652 ebenso verhält, wie § 632 zu § 631 und § 612 zu § 611. Ebenso also, wie dort, gilt die Vergütung unter den in § 653 genannten Umständen als selbstverständlich verabredet für das „fertige“ [1]), in § 632 und § 612 „versprochene“, in § 653 „übertragene“ Werk. Ebenso wie das „Versprechen“ in den §§ 632 und 612 als erfüllt, also im Perfect passivi enthalten ist und zur Definition der §§ 631 und 611 in aktiv präsenter Form gehört — der Dienstvertrag entsteht dadurch, daß jemand Dienste verspricht (zusagt) und der andere mit ihm eine Vergütung vereinbart; der Werkvertrag entsteht dadurch, daß der Unternehmer ein Werk herzustellen verspricht und der Besteller mit ihm eine Vergütung vereinbart —, so liegt auch der in § 653 gebrauchte perfekte Ausdruck „übertragene“ Leistung in präsenter Form in § 652 vor und gehört zur genauen Definition des Mäklervertrages, so daß § 652 folgendermaßen zu lesen ist: „Wer es einem andern überträgt, die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages nachzuweisen oder einen Vertrag zu vermitteln, und ihm dafür einen Lohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn . . . .“ Somit setzt sich § 652 aus folgenden Tatbestandsmomenten zusammen:

1. Es muß ein gültiger Mäklervertrag vorliegen, d. h.: Die Leistung muß dem Mäkler übertragen (aufgetragen) [2]) sein. Allerdings kann auch darin eine Uebertragung dieser Leistung liegen, daß man sich die Mäklertätigkeit gefallen läßt. Dieses Sichgefallenlassen der Mäklertätigkeit muß aber zum mindesten stets vorhanden sein, d. h. die Tätigkeit des Mäklers muß akzeptiert sein. Aus dem bloßen Aufdringen der Mäklerleistung eines zudringlichen Vermittlers kann keine Verbindlichkeit entstehen, wohl aber muß die Akzeptierung derselben als Uebertragung der Leistung angesehen werden. In der widerspruchslosen Annahme der Dienste des Mäklers ist stets die stillschweigende Erteilung des zur Vergütung verpflichtenden Auftrages zu erblicken. Diese Annahme der Dienste des Mäklers wird stets dann vorhanden sein, „wenn der Auftraggeber bei dem Geschäftsabschlusse von der vorausgegangenen Vermittlertätigkeit Kenntnis gehabt

1) Landsberg, BGB., I, 469.

2) Dies ist natürlich „kein Auftrag“ im Sinne des Auftragsvertrages (Tit. X) — denn der Mäkler verpflichtet sich nicht! —, sondern lediglich im Sinne des noch nicht angenommenen Auftrages, der einseitigen Aufforderung des § 662 Halbsatz 1.

hat"[1]). Derjenige, dem der Mäkler seine Dienste anträgt, muß erkannt haben oder erkannt haben müssen, daß der Mäkler nicht für die Gegenpartei, sondern für ihn tätig sein will.

Manche behaupten sogar, man habe dies als allgemeine Voraussetzung anzunehmen; zur Entstehung des Provisionsanspruches sei es unbedingt nötig, daß der Geschäftsherr bis zum Abschlusse des in Aussicht genommenen Vertrages von den zu dessen Herbeiführung entfalteten Bemühungen des Mäklers Kenntnis erlangt haben müsse. Anders sei eine Dienstannahme nicht möglich, „da nur unter dieser Voraussetzung der Vertragsabschluß des Geschäftsherrn dessen unbedingtes und endgültiges Einverständnis mit der Tätigkeit des Mäklers darlege"[2]). — Sollte nicht eine nachträgliche Genehmigung auch genügen? In diese vielfach[3]) behandelte Streitfrage einzugehen, erübrigt sich hier jedoch; meines Erachtens genügt eine nachträgliche Genehmigung. — Die Mäklertätigkeit muß also entweder durch den Geschäftsherrn veranlaßt worden sein oder der Geschäftsherr muß den erzielten Vertrag in Kenntnis der mäklerischen Bemühungen oder mit deren nachträglicher Genehmigung abgeschlossen haben[4]).

2. Der Auftraggeber muß einen Mäklerlohn versprochen haben.

3. Der Mäkler muß auf Grund der Uebertragung eine gewisse Tätigkeit entfaltet haben. Besteht die Uebertragung in dem bloßen Sichgefallenlassen der Mäklerleistung, so muß der Mäkler zum mindesten im Interesse des Versprechenden[5]) tätig geworden sein.

4. Der in Aussicht genommene Vertrag muß zustande gekommen sein.

Wird er nur unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, sagt § 652, Abs. 1, Satz 2, so ist der Mäklerlohn noch nicht verdient. Tritt die aufschiebende Bedingung, unter welcher der vom Mäkler vermittelte Vertrag geschlossen ist, nicht ein, so verliert der Mäkler den Anspruch auf die Vergütung[6]).

5. Der Vertrag muß auf Grund der Tätigkeit des Mäklers zustande gekommen sein, d. h. „es muß ein Kausalzusammenhang[7]) zwischen der

---

1) RGZ. 31, 289.

2) v. Staudinger, II, Teil II, 1231.

3) RGZ. 31, 289. JW. 1906, 35. Jahrg. S. 740. JW. 1907, 36. Jahrg. S. 744, Bericht 14.

4) So G. Heine S. 21; v. Staudinger, II, Teil II, 1236, 1239; Warneyer, Jahrb. Entsch. 8. Jahrg. 1910, S. 102.

5) Dieser Fall ist sehr gut denkbar: A sagt in Anwesenheit mehrerer zu B: „Wer mir einen Käufer für mein Grundstück nachweist, dem verspreche ich 100 Mark zu zahlen." Dann weist ihm einer der damals Anwesenden den C als Käufer nach. Indem er seine Dienste annimmt, billigt er die stillschweigende Uebertragung, und das Lohnversprechen war auch vorhanden.

6) In R. Beil. Nr. 1296 zu § 652 BGB. behandelt.

7) Das Wort „Kausalzusammenhang" ist hier nicht im eigentlichen, sondern

Tätigkeit des Mäklers und dem Zustandekommen des Vertrags bestehen"[1]). Erst wenn dank der Bemühungen des Mäklers der Erfolg, der in Aussicht genommen war, herbeigeführt worden ist, entsteht die Verpflichtung des Geschäftsherrn, nicht etwa schlechthin durch Abschluß des Mäklervertrages[2]). Der Mäkler hat also zu beweisen, daß er die Gelegenheit zum Abschlusse des Vertrages nachgewiesen oder, falls ihm die Vermittelung eines Vertrages aufgetragen war, daß er diese Vermittlertätigkeit zwischen den Parteien ausgeübt hat; er hat ferner zu beweisen, daß der Vertrag im Anschluß an seine Tätigkeit geschlossen ist. Ein besonderer Beweis jedoch dafür, daß der Vertrag gerade infolge seiner Tätigkeit geschlossen ist, kann nicht von ihm verlangt werden. In Rücksicht auf die Lebenserfahrung und die Verkehrsinteressen spricht vielmehr bei solcher Lage die Vermutung[3]) dafür, daß zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschlusse des Vertrages ein Kausalzusammenhang besteht; dem Beklagten liegt es ob, diese Vermutung zu widerlegen. Freilich werden bei der Entscheidung in jedem Falle die besonderen Umstände zu berücksichtigen sein[4]).

Aus diesen 5 Momenten setzt sich der Tatbestand des § 652 zusammen; bei ihrem Vorliegen ist der Geschäftsherr zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet.

§ 13. Der Mindesttatbestand (Klagegrund) für den gewerbsmäßigen Mäkler.

Der folgende Paragraph trifft bezüglich des zweiten Merkmales des regelmäßigen Mäklervertrages eine besondere Vorschrift. Während die Vereinbarung des Mäklerlohnes für das Zustandekommen des Mäklerver-

vielmehr nur im „wertwissenschaftlichen" Sinne gebraucht. Es handelt sich also nicht um eine Verursachung oder Mitverursachung im juristisch-technischen Sinne. Vielmehr „hat an die Stelle der üblichen „Kausalitätstheorie" hier die „Zurechnungs- oder Verdienstlichkeitstheorie" zu treten. Die Provision ist „verdient", wenn der Mäkler das Zustandekommen des abgeschlossenen Vertrages durch eine im Sinne des Mäklervertrages liegende Tätigkeit in subjektiv verdienstlicher Weise gefördert hat — ihm also das Zustandekommen des Vertrages insoweit zum Verdienste zugerechnet werden kann." Vgl. hierüber die eingehende Behandlung bei Reichel S. 126 bis 129 und folgende.

1) G. Planck, BGB. Bd. II, S. 631.

2) So Landsberg, 469 und G. Planck, BGB. Bd. II, S. 629.

3) D. i. eine praesumtio facti; derselben Ansicht Reichel S. 173; vgl. darüber das gelegentlich der Behandlung der Beweislast bei Dispositivnormen in § 15 vorliegender Arbeit gesagte.

4) Vgl. DJZ. 1903, S. 31. Rspr., Bd. IV, S. 47; Bd. IX, S. 6. Gruchot Bd. 47, S. 927. JW. 1902, Beil. 282. Fischer-Henle, Anm. 4 zu § 652. Recht 1903, S. 78. „Sörgel" 1907, S. 249 Nr. 26; 1908, S. 216 Nr. 15.

trages nach § 652 wesentlich ist, gilt sie nach § 653 als stillschweigend erfolgt, „wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist“. Nur diese zweite Voraussetzung zum Tatbestand des § 652 ändert der § 653. Im übrigen decken sich seine Merkmale mit denen der regelmäßigen Norm, so daß die Tatbestandsmerkmale des § 653 sich also darstellen:

1. Die Leistung muß dem Mäkler übertragen sein.

2. Den Umständen nach muß die Leistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten sein.

3. Der Mäkler muß auf Grund der Uebertragung eine gewisse Tätigkeit entfaltet haben.

4. Der Vertrag muß auf Grund des Nachweises zustande gekommen sein.

Liegen diese 4 Voraussetzungen vor, so ist der Geschäftsherr nach § 653 Abs. 1 zur Entrichtung eines Lohnes verpflichtet.

Für die Uebertragung der Leistung gilt hier dasselbe, wie im § 652. Daß das Gesetz im § 653 diese „Uebertragung“ ausdrücklich erwähnt, liegt, wie bereits besprochen, daran, daß es den Irrtum vermeiden will, der Mäkler könne Lohn beanspruchen, wenn er „etwa unaufgefordert tätig geworden ist“ [1]).

Für unrichtig halte ich, zu glauben, das Reichsgericht [2]) sei der Ansicht, „§ 653 setze voraus, daß dem Mäkler die Leistung stillschweigend übertragen wird“. Dies will das Reichsgericht nicht sagen; es drückt sich nur ungenau aus, wenn es davon spricht, daß § 653 vom stillschweigenden Abschlusse des Mäklervertrages rede. — Nein, nur der Mäklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart; die Leistungsübertragung dagegen kann auch ausdrücklich geschehen. Für sie gilt genau dasselbe, wie in § 652. Sie „muß“ nicht, „kann“ aber selbstverständlich, wie in § 652, stillschweigend, durch konkludente Handlungen, erfolgen.

Was sodann das zweite Tatbestandsmerkmal des § 653, Abs. 1 anbetrifft, so kann ich nicht die Ansicht teilen, die Vorschrift bedeute, „daß sich der Auftraggeber die Mäklertätigkeit mit dem Bewußtsein, daß diese als eine zu vergütende entwickelt wird, gefallen läßt“ [3]), daß es also „darauf ankomme, ob der Beklagte nach den Umständen des Falles die Tätigkeit des Klägers nur gegen eine von ihm zu zahlende Vergütung erwarten konnte“ [4]); vielmehr ist nur rein objektiv festzustellen, ob die Tätigkeit des Mäklers nur gegen Vergütung erwartet werden konnte. Hierin liegt ja

---

1) Hoffmann-Erler, BGB., Bem. 1 zu § 653.

2) „Recht“, 9. Jahrg. 1905, S. 193 und JW. 1905, 34. Jahrg., S. 138/139 unter Ziffer 17.

3) G. Heine S. 20.

4) JW., 34. Jahrg. 1905, 139.

gerade die große praktische Bedeutung des § 653, Abs. 1, daß nur geprüft zu werden braucht, ob die Tätigkeit des Mäklers den Umständen nach normalerweise nur gegen Vergütung angenommen werden konnte, nicht dagegen, ob der Geschäftsherr dies auch wirklich angenommen hat[1]). Dies entspricht der Anschauung des BGB. vom Schutze der Verkehrsinteressen. So muß regelmäßig dann ein Mäklerlohn als vereinbart gelten, wenn der Mäkler sein Geschäft gewerbsmäßig betreibt[2]).

Sonst ist es für „den Mäklervertrag des BGB. unwesentlich, ob der Vermittler ein gewerbsmäßiger Mäkler ist oder nicht“[3]); aber durch § 653 soll der gewerbsmäßige Mäkler geschützt werden. Für ihn muß nach dem Ausgeführten der Mindesttatbestand des § 653 („Klagegrund“) also folgende Momente enthalten:

1. Mir wurde die Leistung übertragen,
2. (z. B.) ich bin gewerbsmäßiger Mäkler,
3. ich bin tätig geworden,
4. auf Grund meines Tätigwerdens ist der Kaufvertrag abgeschlossen.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Mäkler berechtigt, in Ermanglung genauerer Vertragsbestimmungen oder einer bestehenden Taxe vom Geschäftsherrn den üblichen Lohn zu verlangen (§ 653, Abs. 2, Ausnahme von § 316!). —

§ 14. Beantwortung der Frage nach der Beweisbedürftigkeit in konkreten Fällen.

Durch Festlegen der Voraussetzungen zum Mindesttatbestand ist somit gefunden, was dem klagenden Mäkler beweisunentbehrlich ist. Ob diese einzelnen Momente nun auch in concreto beweisbedürftig sind, hängt von dem Verhalten des Beklagten ab. Gesteht er zu, so erübrigt sich bezüglich des Zugestandenen der Beweis; leugnet er, so muß der Kläger das Vorhandensein des Geleugneten beweisen. Gesteht er also alle Punkte des Mindesttatbestandes zu, so ist ein Beweis überhaupt nicht vonnöten.

Meist wird sich aber das Vorbringen des Beklagten so charakterisieren, daß darin ein Zugestehen des Vorliegens einiger Punkte des Mindesttatbestandes zu erblicken ist und er nur ein oder einige Momente leugnet. Dann trifft nur bezüglich dieser bestrittenen Momente die Beweislast den Kläger.

---

1) So G. Planck, BGB. Bd. II, S. 631.

2) Ders. Ans.: Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 653. Hoffmann-Erler, Bem. 1 zu § 653. G. Planck, BGB. Bd. II, S. 631. v. Staudinger, II. Teil II, 1139.

3) G. Planck, BGB. Bd. II, S. 627.

Häufig endlich bringt der Beklagte selbst neue Tatsachen vor; er „leugnet" nicht gerade sämtliche Behauptungen des Klägers, sondern er behauptet, daß es sich mit einem oder einigen Tatbestandsmomenten anders verhalte, als es Kläger behauptet. Er stellt dem Kläger bezüglich dieses oder dieser Punkte Gegenbehauptungen entgegen. Das Vorliegen der übrigen Momente gesteht er zu. Wen trifft bezüglich der strittigen Behauptungen die Beweislast?

In einem solchen Falle muß der Richter streng logisch entscheiden, ob das Gegenvorbringen ein Leugnen des vom Kläger behaupteten Mindesttatbestandsmomentes in sich birgt oder ob es nur unter Nichterklärung zum Bestehen jenes Momentes oder sogar unter Zugeständnis seines Bestehens neue Behauptungen den Ausführungen des Klägers entgegensetzt. Im ersteren Falle trifft die Beweislast bezüglich des geleugneten Momentes des Mindesttatbestandes den Kläger und bezüglich darüber hinausgehender Gegenbehauptungen, sofern diese dem Beklagten beweisunentbehrlich sind und vom Kläger bestritten werden (also auch beweisbedürftig sind), den Beklagten; im letzteren Falle trifft sie bezüglich der ganzen Gegenbehauptung, sofern diese beweisunentbehrlich und beweisbedürftig ist, den Beklagten. Denn für den Kläger sind nur die Momente des Mindesttatbestandes beweisunentbehrlich; und beweisbedürftig kann für ihn nur eine Behauptung werden, wenn sie auch unentbehrlich ist.

Wenn beispielsweise der Beklagte das Vorliegen der vom Kläger behaupteten Punkte 1—2 und 4 des Mindesttatbestandes des § 653, Abs. 1 nicht leugnet, bezüglich des Punktes 3 aber behauptet, der Kläger sei während der in Frage kommenden Zeit krank gewesen und habe daher nicht für den Beklagten tätig werden können, somit also neue Tatsachen behauptet, die der Kläger selbst nicht in seinem Klagevortrage berührt hatte, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß die Beweislast dafür, daß der Mäkler für den Beklagten tätig gewesen ist, also für dies bestrittene Moment des Mindesttatbestandes den Kläger trifft. Denn das Vorbringen des Beklagten geschieht nur, um seine Klageleugnung durch die behauptete Tatsache zu erhärten. Hier liegt ein motiviertes Leugnen vor!

Anders dagegen verhält es sich bisweilen in dem Falle, wenn der Beklagte behauptet, der Kläger habe nicht auftragsgemäß gehandelt, wenn beispielsweise der Beklagte dem die Provision einklagenden Mäkler, der sich auf das Vorhandensein der 4 Voraussetzungen zum Mindesttatbestand des § 653, Abs. 1 beruft, unter unstreitigem Vorliegen der Punkte 2—4 — der Beklagte hat sein Grundstück verkauft, nachdem ihm der Kläger den Käufer nachgewiesen hatte; der Kläger ist gewerbsmäßiger Mäkler — den Punkt 1 in folgender Behauptung bestreitet: „Ich habe den Kläger nicht beauftragt! Ich habe vielmehr nur mit ihm vereinbart, er solle nur für den

Fall, daß ein der Höhe nach bestimmter Kaufpreis erzielt werde, einen Lohn bekommen. Da ich das Grundstück zu einem geringeren Preise verkauft habe, verweigere ich eine Lohnzahlung."

Charakterisierte sich nach dem bisher Besprochenen des Beklagten Bestreiten der Behauptung des Klägers über den Auftrag als Klageleugnung eines zum Mindesttatbestand des § 653, Abs. 1 gehörenden Merkmales, so müßte Kläger beweisen, daß ihm die Leistung übertragen war. — Der Beklagte selbst gibt aber an, daß er dem Kläger nur für den Fall, daß ein bestimmter Kaufpreis erzielt werde, einen Lohn zugesichert habe, daß also doch eine Beziehung zwischen dem Kläger und ihm bestanden habe. Wie verhält sich dies zu seiner Klageleugnung? Aendert es nichts daran, oder ist es ein Widerspruch in sich selbst? Wenn er erst sagt: „Ich habe ihn nicht beauftragt" und wenn er nachher angibt: „Er sollte einen Lohn bekommen, wenn ich einen bestimmten Preis erzielen würde", so ist dies unlogisch! Er will zwar damit ausdrücken, daß nun gar kein Auftrag mehr vorliege; denn dieser habe anders gelautet und sei nicht erfüllt — so ist seine Aussage von seinem Standpunkte aus erklärlich —; re vera aber bedeutet seine Behauptung: „ich habe ihm zwar die Leistung, mir einen Käufer nachzuweisen, übertragen; aber dieser Käufer sollte die Eigenschaft haben, daß er mir für mein Grundstück den der Höhe nach bestimmten Preis zahlte. Und nur unter dieser „Bedingung" sollte der Mäkler einen Lohn bekommen"! Dazu kommt, daß nach dem Resultate der in § 12 angestellten Betrachtungen [1]) die Uebertragung der Leistung bereits in dem bloßen Sichgefallenlassen der Mäklertätigkeit liegt. Dies hat der Beklagte getan; demnach war die Leistung dem Mäkler übertragen.

Es wäre ein großer Fehler, wenn man die Vorschrift des § 652, Abs. 1, Satz 2 für die vorliegende Frage verwenden wollte: der Beklagte mache geltend, der Vertrag sei unter der Bedingung geschlossen, daß er einen bestimmten Kaufpreis bekomme. Diese sei nicht eingetreten; also: § 652, Abs. 1, Satz 2!: der Kläger könne nichts verlangen. — § 652, Abs. 1, Satz 2 kommt für die vorliegende Frage nicht in Betracht; denn er spricht lediglich von einer Bedingung betreffend den Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer, während die Abrede, daß der Beklagte einen bestimmten Preis erlangen sollte, höchstens eine Bedingung betreffend das Verhältnis zwischen Mäkler und Verkäufer sein kann. Der Kaufvertrag aber ist ja unbedingt abgeschlossen.

Man muß sich jedoch der von Neumann [2]) angeführten Entscheidung [3])

---

1) Insofern waren jene Betrachtungen für die Regelung der Beweislast nicht überflüssig.

2) JDR., 9. Jahrg. 1911, 244.

3) Bad. Rspr. 10, 1 (Karlsruhe).

anschließen, daß in einer derartigen Vereinbarung, die Provisionszusage werde davon abhängig gemacht, daß der Mäkler einen Käufer beibringe, der eine ganz bestimmte Summe zahle, überhaupt nicht etwa die Setzung einer Suspensivbedingung zu erblicken, sondern daß sie als die Bestimmung der dem Mäkler aufgetragenen Leistung auszulegen ist. Der Kläger beruft sich auf die Dispositivnorm, und der Beklagte hält ihm entgegen: „Wir haben anderweite Bestimmungen getroffen“! Es handelt sich hierbei um denselben Fall, wie wenn jemand „Zigarren nach Probe“ kauft und es in die Form kleidet: „Ich kaufe sie unter der Bedingung, daß sie der Probe entsprechen“. Juristisch ist das nicht etwa eine Bedingung seines Versprechens, sondern eine Bestimmung, die die Leistung des anderen Teiles betrifft. Nicht anders ist es, wenn dem Mäkler gesagt wird, daß der zu beschaffende Käufer eine bestimmte Summe bieten müsse.

Für alle derartigen Fälle, in denen der Beklagte dem klagenden Mäkler den Einwand entgegensetzt, er habe nicht auftragsgemäß gehandelt, läßt sich die Beweislast nicht in abstracto, ein für allemal, festlegen; vielmehr ist sie in jedem Falle den konkreten Tatumständen entsprechend zu verteilen. Der Richter muß also in jedem Einzelfalle unter eingehender Abwägung aller für und wider den Beklagten sprechenden Umstände streng logisch entscheiden, ob sich des Beklagten Einwand als Klageleugnung oder als Einrede darstellt. Er hat hierbei einerseits in Betracht zu ziehen, daß „der Mäklervertrag, wie alle Verkehrsverträge, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsinteressen auszulegen“[1]) ist, andererseits stets zu prüfen, wie weit die Absicht des Geschäftsherrn, unter der er dem Mäkler den Auftrag erteilte, durch die Tätigkeit des Mäklers trotz des vom Beklagten behaupteten Fehlens des einen Momentes verwirklicht ist.

Es werden bei dieser Beurteilung freilich weniger juristische, als vielmehr wirtschaftliche Gesichtspunkte maßgebend sein müssen. Nicht auf die juristische Form, sondern auf den ökonomischen Erfolg ist der Nachdruck zu legen[2]). Ist hiernach die Hauptabsicht des Versprechenden verwirklicht, so kann die Behauptung nebensächlicher und unwesentlicher Abweichungen des geplanten und geschlossenen Vertrages nur als Einrede, nie als Klageleugnung angesprochen werden[3]). Insonderheit kann der Beklagte eine „Klageleugnung“, der Mäkler habe nicht auftragsgemäß gehandelt, niemals damit begründen, „das Geschäft sei nicht ganz nach den ursprünglich geplanten Modalitäten oder nicht unter Mitwirkung der ursprünglich ins Auge gefaßten Personen zustande gekommen, wenn das

1) G. Planck, BGB. II. S. 630.
2) So „Recht“ 1903, S. 504; Rspr. Bd. 8, S. 76, Bd. 12, S. 86.
3) Vgl. JDR. VII, S. 274; JW. 94, 200.

beabsichtigte Unternehmen im übrigen als solches in seiner Wesenheit gelungen und der Zweck der Unternehmung erreicht ist" [1]). Ist die behauptete Abweichung dagegen derartig wesentlich, daß sie den beabsichtigten Erfolg für den Geschäftsherrn völlig unmöglich macht, so liegt Klageleugnung vor. Allerdings kann auch hier ein Anspruch auf entsprechenden Mäklerlohn Begründung finden, wenn ein stillschweigender neuer Mäklervertrag für die verminderte Erfolgsherbeiführung anzunehmen ist [2]). Hierfür wäre dann der Mäkler beweispflichtig. So wird sich bei der Vermittelung eines Darlehns in der Regel die Behauptung des Beklagten, es sei nur ein Darlehnsvorvertrag abgeschlossen, als Klageleugnung charakterisieren [3]); und doch wird auch hier dem Mäkler ein Anspruch auf eine verminderte angemessene Provision nicht zu versagen sein, falls es ihm gelingt, die Begründung für den Anspruch darzutun [4]).

Hinzuweisen ist ferner darauf, daß sich der Vertrag zwischen „Mäkler" und Geschäftsherrn durch getroffene Sondervereinbarungen so umgestalten kann, daß tatsächlich gar kein Mäklervertrag, sondern ein Dienst- oder Werkvertrag vorliegt. Hier finden, auch wenn die Parteien den Vertrag als „Mäklervertrag" bezeichnet haben, nicht etwa die Vorschriften über den Mäklervertrag, sondern diejenigen über den Dienst- oder Werkvertrag und damit die oben abgelehnten Vorschriften über gegenseitige Verträge Anwendung. So wird ein Vertrag, durch den sich der Mäkler zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, z. B. dahin verpflichtet, daß er binnen vier Wochen auf ein Grundstück eine Hypothek beschaffen werde, als Werkvertrag zu behandeln sein. Endlich kann auch mit dem eigentlichen Mäklervertrag ein Dienst- oder Werkvertrag oder auch ein Auftrag verbunden sein, z. B. so, daß „der Mäkler es übernimmt, einen Bebauungsplan für das zu verkaufende Terrain herzustellen, oder, daß ihm die einstweilige Verwaltung von Grundstücken übertragen wird" [5]). Auch hier sind derartige Nebenverträge nach ihrem Recht zu beurteilen.

Infolge der großen Mannigfaltigkeit der Form und des Inhaltes der „Mäkler"verträge läßt sich eine grundsätzliche Beantwortung der Frage, welche Partei bei der Behauptung des Beklagten, der Mäkler habe „nicht auftragsgemäß" gehandelt, die Beweislast trifft, nicht geben. Die Bestimmungen der §§ 652, 653 geben eben nur Anhaltspunkte; auf Grund allgemeiner Ergänzungen lassen sich hier keine absoluten Regeln aufstellen.

1) Staub, Exkurs zu § 92, S. 331.
2) So JW. 1905, 138; Fischer-Henle zu § 652 Anm. 5.
3) RGZ. Bd. 39, 231.
4) JW. 1894, S. 200.
5) Rspr. Bd. 12, S. 88, G. Planck, Vorbem. zum 8. Titel.

Es ist vielmehr zumeist Ergänzung und Korrektur durch Auslegung der konkreten Vertragsverhältnisse vonnöten [1]).

§ 15. Beweislastverteilung im besonderen bei der Behauptung des Beklagten, es sei ein bestimmter Lohn vereinbart, gegenüber dem den ortsüblichen Lohn einklagenden gewerbsmäßigen Mäkler.

Die Untersuchung gelangt nunmehr zu der Behandlung des anfangs dieses Kapitels festgelegten zweiten Falles: der Klage des Mäklers auf den üblichen Lohn wird der Einwand entgegengesetzt, es sei eine geringere Provision vereinbart. Es handelt sich hierbei um die Beantwortung der Frage: „Wer trägt beim Vorliegen von Dispositivnormen die Beweislast, wenn der eine Teil den üblichen Lohn fordert, der andere Teil aber eine vertraglich fixierte Lohnvereinbarung behauptet?" Der Kläger stützt seine Behauptung auf die Disposivnorm des § 653, Abs. 1; der Beklagte wendet ein, die Höhe der Vergütung sei besonders bestimmt. —

Daß ich mich bei der weiteren Bearbeitung an keinen der drei häufig verteidigten Sätze (affirmanti semper incumbit probatio; wer behauptet, muß beweisen; den Kläger trifft primär die Beweislast); halten darf, ist bereits oben gesagt.

Daß sich bei der Beantwortung der soeben aufgestellten Frage zwei Ansichten schroff gegenüberstehen, ist an und für sich nicht zu verwundern; denn wenn der Vortrag des Beklagten eine Behauptung enthält, die dem Tatbestande des klägerischen Vortrages angehört, beispielsweise sich auf den Inhalt des Vertrages bezieht, demselben aber einen Zusatz oder eine Einschränkung, wie das Vorschützen einer bestimmten Vertragsvereinbarung hinzufügt, so kann man darin ein sogenanntes qualifiziertes Geständnis erblicken, d. h. ein Geständnis, dem nur eine damit verträgliche Behauptung angehängt ist; man kann aber auch der Ansicht sein, sie werde nur deshalb erklärt, um den Unterschied um so genauer hervortreten zu lassen und die Leugnung glaubwürdiger zu machen, sie zu motivieren; es liegt dann ein sogenanntes motiviertes Leugnen vor. Nach der letzteren Auffassung (Leugnungstheorie) wird durch die den Zusatz enthaltende Behauptung der Kläger zum Beweise seines Vortrages und der Negative der Zusatzbehauptung gezwungen. Die erstere Ansicht (Exzeptionstheorie) dagegen erblickt darin die Behauptung des Tatbestandes eines selbständigen Verteidigungsmittels, einer Einrede im Sinne des Prozeßrechtes, und

1) Die Einrede des nichterfüllten Vertrages findet Behandlung in: „Recht", 1909, Nr. 40; Seuff. Archiv, Bd. 64, Nr. 128; RGStr., Bd. 41, S. 24; JDR., Bd. VII, S. 272, 273.

bürdet daher den Beweis gemäß § 289, Abs. 1 ZPO. bezüglich dieser Einrede dem Beklagten auf [1]). Die zweite Theorie führt auch häufig die Bezeichnung „Einredetheorie". Ich halte jedoch den von Betzinger [2]) geprägten Ausdruck „Exzeptionstheorie" mit Rücksicht auf den variablen Begriff der Einrede für weniger irreführend. Während nämlich die ZPO. unter Einrede jegliche Einwendungen mit Ausnahme der Leugnungen erblickt, versteht das BGB. darunter nur die Leistungsverweigerungsrechte. Auch der Ausdruck „Einwendungstheorie" ist zu verwerfen, da unter der „Einwendung" auch vielfach alles Gegenvorbringen des Beklagten verstanden wird, also auch die Klageleugnung.

Was die Dispositivregeln anbetrifft, so enthalten sie nach der Exzeptionstheorie „das, was nach der Auffassung des Gesetzgebers, nach den von ihm angestellten Ermittelungen, seiner Kenntnis und Erfahrung den Anschauungen und den Bedürfnissen des Lebens und des Verkehrs am meisten entspricht" [3]). Deshalb streitet für die Anwendbarkeit der Dispositivregeln eine Vermutung. Diese aus den Regeln des Lebens, aus der Sammlung von Erfahrungen sich ergebende „Vermutung" ist zwar keine praesumtio iuris, keine Vermutung im Sinne des § 292 ZPO., sondern eine Vermutung im Laiensinne, eine „Laienvermutung" [4]). Doch wird auch sie aus Billigkeitsgründen zu berücksichtigen sein. Sie macht ihren Einfluß auf die Verteilung der Beweislast geltend [5]). Wer also eine besondere, von der gesetzlichen Regelung abweichende Vertragsvereinbarung behauptet, muß diese im Bestreitungsfalle beweisen. Nach der Leugnungstheorie dagegen sind die Dispositivregeln subsidiären Charakters; nach ihr sollen sie erst dann zur Anwendung kommen, wenn das Nichtvereinbaren eines bestimmten Parteiwillens feststeht; „denn es ist überall dieses gemeinsam, daß das Gesetz da eintreten will, wo die Parteien in der gerade aufgeworfenen Frage nichts bestimmt haben" [6]). Das Nichtvorhandensein besonderer Vereinbarungen im Einzelfalle müsse also der Kläger beweisen, wenn die Dispositivregel angewendet werden soll; dann erst könne er sich auf die Dispositivnorm berufen. Damit nimmt die Leugnungstheorie dem, der sich auf die gesetzliche Regel stützt, die Hauptkraft dieser Stütze [7]). Ist dies der Wille des Gesetzgebers?

1) So Betzinger, Beweislast bei Bedingungen, in R. 5. Jahrg. 1907, 161.
2) Beweislast im Ziv.Pr., 102.
3) Staub, Komment. 13.
4) Hedemann S. 155, 204 ff.
5) Anderer Ansicht Hedemann S. 205 und S. 243; derselben Ansicht Reichel S. 173 f.
6) Stammler, 76.
7) Ders. Ans. Staub, 14.

Zur Lösung dieser Streitfrage wird man am besten von folgendem ausgehen: Das Recht des BGB. setzt sich aus unzähligen Normen zusammen, denen eine noch weit größere Anzahl immer feiner sich verzweigender Ausnahmevorschriften gegenüberstehen. Man hat zwei Arten von Normen zu unterscheiden: Haupt- oder Regelnormen und Gegen- oder Ausnahmenormen. Es wird bei dem Ineinandergreifen mehrerer Normen nicht immer ganz leicht sein, zu unterscheiden, welches die Haupt- und welches die Gegennorm ist. Bisweilen stellen sich nämlich die Grundnormen des Gesetzbuches bereits als Ausnahmenormen dar, so daß die Hauptnormen in den Sondervorschriften versteckt liegen. Es wird also das Normale als selbstverständlich vorausgesetzt und absichtlich mit Stillschweigen übergangen. Hier werden innere, sachliche Momente für die Bestimmung der Normregel und der Ausnahmenorm entscheidend sein müssen[1]). Häufig aber stellt das Gesetz die Hauptnormen selbst sehr deutlich auf, indem es eine gewisse Formierung und Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse als die regelmäßige, normale, ansieht und, von ihr ausgehend, allgemein lautende Vorschriften ohne besondere Merkmale schafft. Weil diese Vorschriften das Regelmäßige enthalten, fassen sie an sich auch abweichende Gestaltungen in sich. Ist aber eine Abweichung derartig, daß die Regelnorm in gewissen Punkten unangemessen oder nicht ausreichend erscheint, so wird sie durch besondere Normen von der Hauptnorm ausgenommen und in einer ihrem Charakter entsprechenden Weise geregelt. Diese Sonderregeln bezeichne ich als Gegennormen. Sie enthalten in ihrem Tatbestande zumeist alle oder doch wenigstens einige Momente der Regelnorm und gesellen diesen noch ein neues, mit dem Tatbestande der Regelnorm logisch verträgliches Element hinzu oder spezialisieren ein Merkmal der Hauptnorm in einer der Ausnahmenorm entsprechenden Art.

Die Gegennorm ist nicht etwa von der Regelnorm abhängig, sondern charakterisiert sich dieser gegenüber als selbständige Norm: Wenn auch die Merkmale von Haupt- und Gegennorm großenteils die gleichen sind und sich decken, ist doch die Rechtswirkung der Gegennorm der Hauptnorm entgegengesetzt und schließt diese aus. Sie stellt sich eben stets als Ausnahme von der Regel dar.

Häufig wird es angemessen und notwendig erscheinen, daß der Ausnahmenorm für gewisse Umstände wieder die Kraft einer Hauptnorm gegeben wird, daß also gewisse Verhältnisse unter gewissen Umständen als regelmäßige dargestellt werden, obwohl sie ursprünglich exzeptionell sind. Das geschieht dann durch das Setzen einer neuen Gegennorm, welche

1) So IDR. 2. Jahrg. 1905, Bd. I, 110.

also eine Ausnahme von der Ausnahme bildet. Damit erlangt die erste Ausnahme für den betreffenden Fall die Stellung der Hauptnorm [1]). — Wenn ich nun hier aus der obigen Besprechung der Tatbestandsmomente der §§ 652 und 653 und des Verhältnisses beider Paragraphen zueinander das Resultat ziehe, so ergibt sich als Regelnorm der § 652. Da § 653 das zweite Tatbestandsmerkmal des § 652 spezialisiert, erhält § 653 zu § 652 die Stellung der Gegennorm. — Abs. 2 des § 653 trifft aber zu dieser Gegennorm wieder eine Ausnahmevorschrift, so daß § 653, 1 die Stellung einer Hauptnorm erhält und sich eine also lautende Regelnorm ergibt: „Wer einem andern den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages überträgt, ist zur Entrichtung des üblichen Lohnes verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises zustande kommt und der Nachweis den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war." Für den klagenden Mätler ist dies die Regelnorm und damit der Mindesttatbestand (Klagegrund). Ihm steht die Gegennorm gegenüber: „Ist eine besondere Vergütung bestimmt, so tritt diese an die Stelle des üblichen Lohnes." Ueberhaupt bildet der Satz, daß im Obligationenrecht die gesetzlichen Rechtsfolgen der regelmäßigen Vertragstypen durch Parteivereinbarung abgeändert werden können, die Gegennorm für alle Dispositivregeln. Dies ergibt sich aus dem vom Gesetzgeber den Dispositivnormen aufgelegten Charakter; es soll ihnen eine Disponiernorm gegenüberstehen, die es den Parteien ermöglicht, in dem Einzelfall von einem Merkmale des Mindesttatbestandes abzusehen und statt dessen in diesem Punkte etwas besonderes zu vereinbaren, so daß eine Rechtswirkung entsteht, die der Rechtswirkung der Dispositivregel widerspricht. Diese besondere Rechtswirkung steht den Parteien stets zur Verfügung (zur Disposition) [2]).

Was nun die Beweislast anbetrifft, so möchte ich hier den Satz aufstellen: Jede Partei muß im Bestreitungsfalle das Vorliegen des Tatbestandes der betreffenden Norm beweisen, auf die sie ihre Behauptungen stützt, und zwar nur dieses. Die klägerische Partei muß also zum mindesten den Mindesttatbestand, den Tatbestand der Regelnorm, beweisen. Dieser ist ihr „unentbehrlich" [3]), mit anderen Worten: muß unbedingt den Klagegrund bilden. Das Vorhandensein des Tatbestandes einer Gegennorm braucht der Kläger nur dann zu beweisen, wenn er zu seiner Klagebegründung nötig ist. Behauptet dagegen der Beklagte das Vorhandensein des Tatbestandes der Gegennorm, so trifft ihn hierfür die Beweislast. Das folgt aus dem Charakter der Gegennorm als einer der Hauptnorm gegen-

1) Aehnlich die Darstellungen bei Fitting, Grundlagen der Beweislast, in Z. f. d. Z., XIII und Betzinger, Beweislast S. 6.

2) Aehnlich Betzinger S. 11, 114.

3) In der in § 8 diesem Worte gegebenen Bedeutung.

über selbständigen Norm, selbständig auch hinsichtlich der Beweislast[1]). Wer an dem Vorhandensein der Gegennorm ein Interesse hat, muß die Beweislast bezüglich der Gegennorm tragen[2]). Dafür aber, daß derjenige, der sich auf die Rechtswirkung der Regelnorm stützt, auch das Nichtvorhandensein der Gegennorm beweisen müsse, findet sich kein Grund vor. Vielmehr trifft jede Partei lediglich das Risiko dafür, daß der ihr günstige Mindesttatbestand, der Klagegrund, im Prozeß festgestellt wird. Ist dies geschehen, so darf der Richter den Anspruch auf Grund der „Prozeßmaxime der Aberkennungsschranke“[3]) nicht mehr aberkennen. Denn das Vorliegen des Tatbestandes der Regelnorm löst als solches bereits Rechtswirkungen aus, die zur Anspruchbegründung des Klägers genugsam sind. Will der Beklagte diese Rechtswirkungen zerstören, so muß er entweder die Regelnorm leugnen oder es liegt ihm ob, eine Gegennorm ins Feld zu führen, deren Vorliegen zu behaupten und im Bestreitungsfalle zu beweisen, ihm zukommt, da sie für seinen Vortrag „unentbehrlich“[4]) ist. Die Beweislast der Regelnorm trifft demnach stets den Kläger, die der Gegennorm stets den, der sich auf sie beruft[5]). — Dies entspricht der hypothetischen Urteilsform der Logik:

I. Obersatz: Wenn:

1. jemand einem andern den Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrages überträgt,
2. der Vertrag infolge des Nachweises zustande kommt,
3. der Nachweis den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war,

so ist er zur Entrichtung des üblichen Lohnes verpflichtet.

II. Untersatz:

1. Der Beklagte hat dem Kläger den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages übertragen (in § 12 besprochen),
2. der Vertrag ist infolge des Nachweises zustande gekommen (unbestritten laut Tatbestand),
3. der Nachweis war den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten (Kläger ist gewerbsmäßiger Mäkler).

III. Schlußsatz:

Also ist Beklagter zur Entrichtung des üblichen Lohnes verpflichtet!

Diesen Schluß kann der Beklagte nur dadurch abwenden, daß er entweder leugnet (dann trifft den Kläger die Beweislast bezüglich des Unter-

---

1) So Betzinger, Beweislast im Zivilprozeß, 7.
2) Ders Ans. Fitting S. 60.
3) Betzinger S. 38.
4) Im obigen Sinne.
5) Betzinger S. 3, 40 ders. Meinung.

satzes) oder sich auf die Gegennorm beruft. Ersteres würde ihm nichts nützen, da die Momente des Untersatzes der Regelnorm nach den obigen Ausführungen unbestreitbar vorliegen; durch letzteres entsteht folgende neue Satzreihe:

I. Obersatz:

Wenn im Falle des § 653 etwas besonderes in bezug auf die Vergütung bestimmt ist, so ist nicht der übliche, sondern der besonders vereinbarte Lohn zu zahlen.

II. Untersatz:

Es ist etwas besonderes bestimmt.

III. Schlußsatz:

Also ist nicht der übliche, sondern der vereinbarte Lohn zu zahlen!

Wenn der Beklagte diesen Schlußsatz als Urteil erzielen will, so muß er den Untersatz beweisen; denn der Beweis des beweisbedürftigen und unentbehrlichen Untersatzes liegt stets dem ob, der sich auf ihn beruft; und für den Beklagten ist dieser Untersatz der zweiten Reihe unentbehrlich; denn es steht von Gesetzes wegen fest, daß die Wirkung des die Klage begründenden Rechtssatzes (des Obersatzes der ersten Satzreihe) durch eine gegenwirkende Norm (den Obersatz der zweiten Reihe) ausgeschaltet werden kann. In dem Untersatz der zweiten Reihe ist nicht etwa eine Klageleugnung zu erblicken; denn der Beklagte leugnet zwar, daß der Vertrag so abgeschlossen sei, wie der Kläger behauptet; aber er leugnet nicht die drei Bedingungen des Obersatzes der ersten Reihe, die drei unentbehrlichen Voraussetzungen des Klagegrundes, der Hauptnorm; und nur diese allein, die regelmäßigen Entstehungstatsachen seines Rechtes (Untersatz der ersten Reihe) müssen vom Kläger behauptet und im Bestreitungsfalle bewiesen werden. Sache des Beklagten aber ist es, weitere Vertragsvereinbarungen darzulegen, die sein Vorbringen rechtfertigen. Nicht dem Kläger liegt der Beweis für die Abwesenheit rechtshindernder oder rechtsvernichtender Tatsachen (Untersatz der zweiten Reihe) ob; vielmehr trifft den Beklagten der Nachweis des Vorhandenseins solcher Tatsachen [1]).

Nennt man [2]) den Beweis des Untersatzes der ersten Reihe Haupt-, den des Untersatzes der zweiten Reihe Gegenbeweis, so ist im vorliegenden Falle ein Hauptbeweis nicht vonnöten, da sämtliche Punkte der Regelnorm — der Tatbestand der Hauptnorm — unstrittig vorliegen. Es bedarf nur des Gegenbeweises, und dieser trifft den Beklagten [3]).

1) Zu demselben Resultate kommen: Reinhold, Karl Mayer, Anspruch und Rechtskraft, Z. f. d. Z., 1897, XXIII, 211. Jul. W. Planck S. 168. L. Rosenberg, ArchZivPrax. 94; 16, 37, 43.

2) Mit J. W. Planck S. 168.

3) Ebenso Beckh S. 66, 185; Eccius in Gruchot 45, 272; Betzinger S. 101 und Rosenberg, Beweislast nach ZPO., S. 67.

Das Vorbringen des Beklagten ist demnach Einrede im Sinne der ZPO. deren Beweislast ihn trifft. Wenn über den Inhalt der angeblich zwischen den Parteien getroffenen Abreden beiden Teilen als Beweismittel nur die Eideszuschiebung zu Gebote stände und diese in dem anhängig gemachten Prozesse auch von beiden Teilen unter Verwahrung gegen die Uebernahme der Beweislast als Beweismittel benutzt worden wäre, so müßte der Kläger den Eid leisten, der nur über das Vorliegen der Gegennorm zu formulieren wäre.

Es handelt sich um eine Tatsache, die nach der Behauptung des Beklagten Gegenstand der Wahrnehmung des Klägers gewesen ist. Der Eid wäre also gemäß § 459, Abs. 1 ZPO. in der schlichten Wahrheitsform zu leisten.

Zu erwähnen ist noch, daß, falls Beklagter auch die Angemessenheit der vom Kläger geforderten Provision bestritten hätte, zur Beantwortung der Frage, ob der verlangte Prozentsatz bei derartigen Geschäften die ortsübliche Provision ist, die Begutachtung durch Sachverständige vom Gericht anzuordnen wäre [1]). Die Beweislast hierfür trifft den Kläger, da des Beklagten Behauptung, der geforderte Prozentsatz sei höher, als die übliche Provision, sich bezüglich dieses strittigen Punktes als Klageleugnung darstellt.

—

Kapitel IV.

Betrachtungen in abstracto.

§ 16. Die Exzeptionstheorie im einzelnen.

Dasselbe Resultat, zu dem ich auf Grund der Unterscheidung von Haupt- und Gegennorm (Normenlehre) komme, erreichen Staub [2]) und Gareis [3]) auf einem andern Wege. Während ich nämlich von den abstrakten Begriffen der einzelnen Normen ausgehe, fassen sie die Beschaffenheit des konkreten Rechtsgeschäftes ins Auge und untersuchen es auf seine Bestandteile: die essentialia negotii sind die notwendigen Bestandteile, ohne die ein Rechtsgeschäft gar nicht existieren kann; als naturalia negotii bezeichnet man die gewöhnlich vorhandenen durch gesetzliche Dispositivvorschriften dem negotium angehängten Folgerungen, die sich aus

---

1) So Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Anm. zu § 653.

2) HGB. S. 13 f.

3) Allg. Teil, S. 197; ebenso Oertmann, Allg. Teil, S. 483.

dem üblichen Verkehr und den Lebensbedürfnissen von selbst ergeben; und die accidentalia negotii entstehen durch besondere gesetzlich zulässige Vereinbarungen der Parteien beim Geschäftsabschluß. Da ein Rechtsgeschäft ohne die essentialia überhaupt nicht denkbar ist, so muß sie der beweisen, der aus dem Rechtsgeschäft einen Anspruch herleitet: der Kläger. Werden sie nicht bestritten oder sind sie bewiesen, so folgen die naturalia von selbst, brauchen daher nicht bewiesen zu werden. Bestreitet jemand die naturalia, behauptet er also, daß gerade in diesem konkreten Falle diese den normalen Lebensvorgängen entsprechenden, sich aus dem essentiale des Geschäftes ergebenden Folgerungen von den Parteien ausgeschlossen seien, so muß er das Vorliegen dieses vom Regelmäßigen abweichenden Tatbestandes, falls es vom Gegner bestritten wird, beweisen. Wenn also der Kläger die essentialia negotii bewiesen hat oder diese feststehen, so hat er accidentalia im Bestreitungsfalle nur soweit zu beweisen, als sie zur notwendigen Unterlage der Klage, zum Klagegrund, gehören. Ist dem Rechtsgeschäft für gewöhnlich ein positives naturale negotii zu eigen, so muß der Kläger, wenn er seine Behauptung auf ein negatives accidentale stützt, das Vorhandensein des letzteren beweisen; ebenso: hat das negotium sonst ein negatives naturale, so muß der Kläger ein behauptetes positives accidentale beweisen; denn naturale und accidentale stehen stets im reziproken Verhältnis zueinander. — Anwortet der Beklagte nicht durch Klageleugnung, sondern durch prozessuale Einrede, schützt er also accidentalia vor, so trifft ihn die Beweislast für diese. Den gewerbsmäßigen Mäkler trifft sonach die Beweislast, wenn er mehr verlangt, den Beklagten, wenn er weniger zahlen will, als dem üblichen Lohne entspricht. Das ist dasselbe Resultat, zu dem ich kam; nicht derjenige, der die Unbedingtheit, sondern der, der die besondere Bedingung behauptet, hat für sie die Beweislast. Dies entspricht meines Erachtens auch dem Willen des Gesetzgebers! Weil es üblich ist, daß derartige Dispositivnormen, wie § 653, ohne Preisvereinbarung abgeschlossen werden, so ist es gar nicht nötig, daß der Kläger eine Preisvereinbarung überhaupt erwähnt, sondern es genügt die Behauptung und im Bestreitungsfalle der Beweis der Dispositivnorm, des Mindesttatbestandes [1]). Liegt es im Interesse des Beklagten, eine anderweite Verabredung zu behaupten, so trifft ihn für diese die Beweislast [2]). Denn die Tatsachen allein, die zu dem regelmäßigen Tatbestande gehören, hat der Kläger zu beweisen. Die Tatsachen, die zu dem Tatbestande der Ausnahmenorm gehören, hat der zu beweisen, der sich auf die Ausnahme beruft [3]).

---

1) Ders. Ans. Skonietzki-Gelpcke S. 775, Anm. 3e zu § 292.
2) Ders. Ans. Fitting, Z. f. d. Z., XIII, 1 ff.
3) Ders. Ans. Neumann, Handausg. f. d. BGB., I. 3.

§ 17. Die Leugnungstheorie im einzelnen.

Von vielen anderen [1]) wird diese Auffassung bekämpft. Bereits der erste Entwurf habe im § 196 eine andere Ansicht vertreten: „Wer Rechte aus einem Rechtsgeschäft geltend macht, hat zu beweisen, daß dasselbe in der von ihm behaupteten Weise zustande gekommen ist, auch wenn der Gegner die Errichtung zugesteht, jedoch behauptet, daß das Rechtsgeschäft in anderer Weise, insbesondere unter Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Anfangs- oder Endtermins errichtet worden sei." „Die Einlassung des Beklagten, daß der Vertrag nur unter einer Bedingung abgeschlossen sei, bedeutet das Bestreiten des unbedingten Vertragsabschlusses; da dieser die Voraussetzung des Klagebegehrens bildet, muß der Kläger die schlichte Einigung beweisen", sagt Endemann [2]). Das Vorbringen des Beklagten ist also nicht etwa als Geständnis, verbunden mit einer exceptio, aufzufassen, sondern es sei das Leugnen des Tatbestandes, auf welchen der Kläger seine Behauptungen stützt. Damit nimmt die Leugnungstheorie das von mir als Gegennorm bezeichnete Moment mit in die Regelnorm hinein, so daß sie also folgert:

I. Obersatz:

Wenn:

1. jemand einem andern den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages überträgt,
2. der Vertrag infolge des Nachweises zustande kommt,
3. der Nachweis den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist — — — — und:
4. eine besondere Lohnvereinbarung nicht stattgefunden hat,

so ist er zur Entrichtung des üblichen Lohnes verpflichtet.

II. Untersatz:

Die 4 Punkte liegen vor.

III. Schlußsatz:

Also ist er verpflichtet!

Die Leugnungstheorie hält damit das Nichtvorhandensein einer besonderen Vereinbarung für eine Bedingung des ersten Obersatzes, für

---

1) So vor allem Unger, Windscheid, v. Staudinger, Stölzel, Wach (betr. Bedingung), Endemann (I, 506), Goldmann-Lilienthal (I, 195), Leonhard (71), Kleinfeller (S. 345), Sydow-Busch (zu § 282), Crome (I, 560), Stein (§ 282 Anm. IV), Hellwig (System, § 158, S. 483).

2) I, 506; ebenso Stölzel, Schulung, S. 153; v. Staudinger I, 602; Leonhard S. 315.

eine Voraussetzung der Klagebegründung. Da nach meinen obigen Auslassungen über die Normenlehre die Tatbestandsmerkmale des ersten Untersatzes dem Kläger unentbehrlich sind, er also für sie beweispflichtig ist, so müßte hiermit der Kläger im Bestreitungsfalle die Negative: „Wir hatten nichts besonderes vereinbart" beweisen. Ist dies wirklich der Sinn der Dispositivnorm? Wozu zerfällt dann § 653 in 2 Abschnitte, wenn man auf diese Weise den zweiten Absatz in den ersten hineinbezieht? Gehört die Negative hier wirklich zum Mindesttatbestand, zum Klagegrunde? Weshalb nimmt die Leugnungstheorie dem Beklagten die Einrede und wirft sie als Replik auf den Kläger? Hierauf kommt doch die Kontroverse im letzten Grunde hinaus: während die Exzeptionstheorie in dem Vorbringen des Beklagten eine prozessuale Einrede erblickt und nun abwartet, wie sich der Kläger dazu verhält (repliziert er, so muß er beweisen; bestreitet er die Einrede, so trifft die Beweislast den Beklagten), nimmt die Leugnungstheorie dem Kläger von vornherein die Einredeleugnung und läßt ihn beweisen, als wenn er replizierte! Ist das die Absicht des Gesetzgebers?

§ 18. Kritik der Argumente der Leugnungstheorie.

Es ist interessant, welche Begründungsversuche für ihre Richtigkeit die Leugnungstheorie gezeitigt hat, und lohnend, näher darauf einzugehen.

I. An den Satz, „in der Theorie und in der Praxis bestehe von jeher bis zu dieser Stunde volle Einigkeit darüber, daß in Fällen, in denen der Kläger einen höheren verabredeten Preis fordert, als den angemessenen, üblichen, den Kläger die Beweislast trifft, dem Beklagten also der Eid gebührt", knüpft Stölzel[1]) die Frage an, warum dies in dem Falle, daß der Beklagte sich auf einen geringeren vereinbarten Preis beruft, nicht auch so sein soll. In beiden Fällen verlange der Kläger mehr als der Beklagte zugestehe. Ich bin der Meinung, daß gerade dieser Einwand die theoretische Unhaltbarkeit der Leugnungstheorie ergibt. Akzeptiert man die von mir dargetane Unterscheidung von Haupt- und Gegennorm, so kann man die Beweislast unmöglich so regeln, wie es Stölzel will. Es würde sich um folgende Fälle etwa handeln:

In einem Orte besteht die taxmäßige Vergütung für Benutzung einer Droschke: pro Kilometer 30 Pfg. A fährt mit B's Droschke. Sie vereinbaren:

a) 20 Pfg.,
b) 40 Pfg. pro Kilometer.

---

1) Stölzel, Schulung, 114.

In hypothetischer Form der Logik ergibt sich folgender Schluß:

zu a):

I. Obersatz:

Wenn:

1. jemand mit einem andern einen Dienstvertrag abschließt,
2. die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist,
3. eine Taxe besteht,

so ist derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der taxmäßigen Vergütung verpflichtet (§ 611, 612 BGB.).

II. Untersatz:

1. A hat mit B einen Dienstvertrag abgeschlossen (unbestritten),
2. die Dienstleistung war den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten (B ist gewerbsmäßiger Droschkenkutscher),
3. es besteht die taxmäßige Vergütung von 30 Pfg. pro Kilometer.

III. Schlußsatz:

Also ist B zur Leistung der versprochenen Dienste, A zur Entrichtung der taxmäßigen Vergütung verpflichtet!

In dieser Form bilden die Prämissen den Mindesttatbestand für den Kläger. Da der Beklagte nicht leugnet, so kann er diesen Schluß nur dadurch abwenden, daß er sich auf die Gegennorm beruft; hierdurch bilden sich folgende neue Prämissen:

I. Obersatz:

Wenn:

im Falle des § 612 etwas besonderes in bezug auf die Vergütung vereinbart ist, so ist nicht die taxmäßige, sondern die besonders vereinbarte Vergütung zu zahlen.

II. Untersatz:

Es sind 20 Pfg. pro Kilometer besonders vereinbart.

Und daraus resuliert

III. der Schlußsatz:

Also ist nicht die taxmäßige, sondern die besonders vereinbarte Vergütung von 20 Pfg. pro Kilometer zu zahlen!

Dieser Untersatz liegt im Interesse des Beklagten; er ist also für ihn „unentbehrlich“ [1]) und im Bestreitungsfalle beweisbedürftig. Beklagter hat den Untersatz: „Es sind 20 Pfg. pro Kilometer besonders vereinbart“ zu beweisen!

---

1) Im obigen Sinne.

zu b:

Verlangt dagegen der Kläger mehr als die taxmäßige Vergütung, so ist mit den Tatbestandsmerkmalen der zuerst aufgestellten Oberprämisse sein Mindesttatbestand noch nicht erschöpft. Sein Interesse gebietet ihm vielmehr, den Klagegrund zu folgendem zu erweitern:

I. Obersatz:

Wenn:

1. jemand mit einem andern einen Dienstvertrag abschließt,
2. die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist,
3. — trotz bestehender Taxe — etwas besonderes in bezug auf die Vergütung vereinbart ist, so ist derjenige, der Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der besonders vereinbarten Vergütung verpflichtet.

II. Untersatz:

1. A hat mit B einen Dienstvertrag abgeschlossen (unbestritten),
2. die Dienstleistung war den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten (B ist gewerbsmäßiger Droschkenkutscher),
3. es sind 40 Pfg. pro Kilometer vereinbart.

III. Schlußsatz:

Also ist B zur Leistung der versprochenen Dienste, A zur Entrichtung der besonders vereinbarten Vergütung von 40 Pfg. pro Kilometer verpflichtet!

Will Kläger diesen Schlußsatz erzielen, so ist der betreffende Untersatz für ihn beweisunentbehrlich. Da nur Punkt 1 und 2 desselben unstrittig vorliegen, so fällt die Beweislast des dritten Punktes des Untersatzes: „Es sind 40 Pfg. pro Kilometer vereinbart" auf den Kläger.

Diese Anordnung und Verteilung der Beweislast ist logisch außerordentlich klar und selbstverständlich. Ein Widerspruch ist meines Erachtens darin, daß in dem einen Falle den Beklagten, in dem andern Falle den Kläger die Beweislast bezüglich der strittigen Sondervereinbarung trifft, keineswegs zu erblicken. In dem letzten Fall gehört die Gegennorm zum Klagegrund; drum muß sie Kläger beweisen; im ersteren dagegen stützt sich Kläger lediglich auf die Hauptnorm; also trifft ihn nie und nimmer die Beweislast bezüglich der Gegennorm. Er hat das Seinige getan, wenn er die Hauptnorm bewiesen hat. Damit ist der Mindesttatbestand des § 612, 2 festgelegt, und der Richter muß den A verurteilen, wenn er keine Gegennorm behauptet und beweist[1]).

---

1) Ebenso Betzinger S. 105.

II. Daß Stölzel zu dem andern Resultat kommt, ist erklärlich; behauptet[1]) er doch, auch im Zivilprozeß gelte der Satz: in dubio pro reo! Weshalb aber soll der Beklagte eine günstigere Stellung haben? Damit verteilt Stölzel die Beweislast, die erst die Wahrheit ermitteln soll, so, als ob der Beklagte für seine Behauptungen den Beweis bereits geliefert hätte; der Wunsch ist also hier der Vater des Gedankens! Dafür aber, daß dieser Wunsch der rechte ist, findet sich weder in der ZPO. noch im BGB. irgend eine Andeutung. Warum in dubio pro reo? Die Unbequemlichkeit, die darin liegt, daß man dem Kläger folgen und sich in den Prozeß einlassen muß, wenn man das Zustandekommen eines Versäumnisurteiles gegen sich vermeiden will, darf nie und nimmer zu einer so vorurteilsvollen Verteilung der Beweislast führen. Ist das Vorbringen des Klägers nach Ansicht des Beklagten unrichtig oder unwahr, so ist ihm ja in der völligen Klageleugnung das geeignete Mittel vorhanden, die Beweislast auf den Kläger zu werfen. Hat er dagegen gegen die Ansprüche des Klägers Gegenansprüche vorzubringen, so ist er für diese, falls sie ihm beweisdürftig und unentbehrlich sind, beweispflichtig.

III. Häufig wird behauptet, die Exzeptionstheorie begünstige die Unwahrheit; denn da die Auflage der Beweislast stets ein Nachteil sei, sei es ungerecht, daß ein unwahrer Kläger dem einredenden Beklagten den Beweis aufzwinge. Dies ist zwar richtig, darf aber nicht zur Regel verallgemeinert werden, da sonst ein Trugschluß entsteht; wer sagt mir denn, daß der Kläger unbedingt immer unwahr sein muß? Kann nicht ebensogut die klägerische Behauptung auf Wahrheit und die Einrede des Beklagten auf Unwahrheit beruhen? Und vor allem: Solange noch kein Beweis vorliegt, kann man doch nicht von wahren und unwahren Tatsachen, sondern nur von unbestrittenen und bestrittenen Behauptungen sprechen! Jede Partei behauptet, ihre Aussage sei die wahre; Sache des Beweises erst ist es, festzustellen, welche Partei recht hat. Wenn man von vornherein weiß, daß die Behauptungen der einen unwahr sind, dann ist ein Beweis darüber überhaupt nimmer vonnöten. Es stehen sich im Prozeß nicht Wahrheit und Unwahrheit, sondern Behauptung und Gegenbehauptung gegenüber. Weil der Richter nicht weiß, ob die Behauptung oder die Gegenbehauptung wahr ist, deshalb muß jede Partei die ihr unbedingt wesentliche Behauptung beweisen[2]). Wollte der Richter seine Beweislastverteilung danach berechnen, wie dieser Einwand gegen die Exzeptionstheorie es will, so würde er ja von vornherein mit einem Vorurteil gegen die eine oder andere Partei in den Prozeß eintreten, d. h. er würde sich zu dem hohen Ideal

---

1) JW. 1908, 37. Jahrg., S. 394, Anm. 1.
2) Ders. Ans. Staub S. 16.

der richterlichen Unparteilichkeit derart in Widerspruch setzen, daß er wert wäre, das letztemal von der sella gesprochen zu haben.

IV. Nur die Behauptung, die ihr wesentlich ist, muß jede Partei beweisen, d. h. den Klagegrund, nicht den ganzen Tatbestand. Dem hält die Leugnungstheorie entgegen, dann fehle die Einheitlichkeit der Willenserklärung, und diese müsse vor allen Dingen beobachtet werden. Selbst wenn man zugibt, daß das Nichtvereinbaren mit zum „Gesamtbestand" gehört, so ist damit doch für die Beweislast noch nichts gewonnen. Denn die Beweislast richtet sich nicht nach dem Tatbestand, sondern nach dem Klagegrund. Nach dem Tatbestand richtet sich lediglich die Behauptungspflicht, und diese ist, wie ich oben ausführte, nicht mit der Beweislast zu verwechseln. Ich bin der Ansicht, daß der, der die Beweislast nach dem objektiven Gesamttatbestand regeln will, damit einen großen Fehler macht; denn er hält die Begriffe „Gesamttatbestand" und „Klagegrund" nicht genügend auseinander; der Klagegrund entspricht lediglich dem Mindesttatbestand; und nur diesen hat der Kläger zu beweisen; Sache des Beklagten ist es, das Fehlen bestimmter anderer (Gesamt-)Tatbestandsmerkmale darzulegen [1]). „Einen Satz, daß das ganze Rechtsgeschäft schlechthin und unter allen Umständen zu Beweis dessen steht, der Rechte aus demselben geltend macht, gibt es nicht" [2]).

V. Aus denselben Gründen ist es unrichtig, wenn die Leugnungstheorie die Vollständigkeit des Klagevortrages verlangt. Denn wenn auch sicher ist, daß mit dem Beweise des Mindestbestandes der Kläger noch nicht gesiegt hat, sondern vielmehr abzuwarten ist, wie sich der Gegner verhält, und der Kläger den Gegenbehauptungen wieder entgegnen muß, sei es durch Bestreiten, sei es mit der Replik, so ist doch kein Grund dafür vorhanden, daß man den Kläger zwingen soll, in replicando von vornherein alle Tatbestandsmerkmale zu entwickeln. Der Kläger ist lediglich nach dem aus dem jeweiligen Prozeßstadium sich ergebenden Stande der Verhältnisse verpflichtet, diese oder jene Behauptungen durch Beweis zu erhärten, wenn er mit ihnen durchdringen will [3]). Selbst wenn man der Ansicht ist, der Kläger habe alle ihm bekannten Tatbestandsmomente von vornherein anzuführen, so besagt das für die Frage der Beweisverteilung noch gar nichts; denn nur die unentbehrlichen Momente des behaupteten Tatbestandes hat Kläger zu beweisen; Behauptungspflicht und Beweislast ist eben nicht dasselbe. Ja, sogar diejenigen, die Beweislast und Behauptungspflicht identifizieren, dürfen sich nicht der Leugnungstheorie anschließen, da sie sonst in den oben gerügten Fehler verfallen. Wer sagt mir denn, daß der Kläger von sich

1) Aehnlich Beckh S. 159 und 164.
2) Beckh S. 173.
3) Aehnlich Betzinger S. 105.

aus unvollständig vorgetragen hat? Weshalb muß ich ohne weiteres annehmen, der Kläger unterschlage einige ihm bekannte Merkmale? Das ist gerade der Grund des Streites, ob des Klägers Vortrag vollständig ist oder nicht.

VI. Wenn endlich Stölzel[1]) daraus, daß das Geschäft durch die von der Regelnorm abweichende Verabredung ein anderes werde, die Richtigkeit der Leugnungstheorie beweisen will, so ist dies nicht zu verstehen; denn zu „etwas anderem" wird das Geschäft auch in all den Fällen, in denen Stölzel selbst eine Einrede als vorliegend erachtet und dem Beklagten die Beweislast auferlegt. Wenn der Tatbestand, um den es sich handelt, sich auch nur teilweise anders verhält, als der Kläger ihn darstellt, so muß dies „etwas anderes" sein, als was vom Kläger behauptet ist. Dem „Anderssein" ist meines Erachtens im Kampf um die Verteilung der Beweislast überhaupt keine Bedeutung beizumessen. Vielmehr ist die Beweislast beim Behaupten einer von der Regelnorm abweichenden Verabredung so zu regeln, daß, wie es die Exzeptionstheorie will, der zu beweisen hat, der sie behauptet. Denn der regelmäßige Abschluß eines Rechtsgeschäftes ist seine gesetzliche Normalgestalt; die Sonderabrede aber ist die gesetzliche Ausnahme. Die ganze Rechtsordnung ist ein Grundstock von Regelvorschriften, die in ihrer Wirkung durch eine große Anzahl immer feiner sich verzweigender Ausnahmebestimmungen beschränkt sind. Wer sich mit seinem Vorbringen auf eine Regelvorschrift stützt, hat Genüge getan, wenn er ihre tatsächlichen Voraussetzungen behauptet und im Bestreitungsfalle durch den Gegner bewiesen hat, und kann es dem Gegner überlassen, das Vorliegen einer Ausnahmebestimmung zu behaupten und, wenn nötig, zu beweisen. Statistische Momente sind aber für Regelvorschrift und Ausnahmebestimmung nicht maßgebend. Da die Fassung der Rechtssätze hierüber auch nicht immer einen zuverlässigen Aufschluß geben, so müssen innerliche, sachliche Erwägungen entscheiden, ob es sich bei einem vom Recht aufgestellten Erfordernisse um eine Regelvorschrift oder um eine Ausnahmebestimmung handelt. Liegt aber eine Ausnahmebestimmung hiernach vor, so muß sie von demjenigen bewiesen werden, der sie behauptet; denn das Absonderliche ist beweispflichtig. So dürften es im wesentlichen Gründe der Billigkeit sein, die — entgegen der Leugnungstheorie — den Beklagten nötigen, für seine Behauptung, es liege eine von der Regelnorm abweichende Sonderabrede vor, die Beweislast auf sich zu nehmen. Nur, wenn der Beklagte sich nicht lediglich auf eine Ausnahmebestimmung stützt, sondern die völlige Nichtexistenz des Anspruchs des Klägers behauptet, ist die Klageleugnung gegeben[2]).

1) Schulung S. 133.

2) Aehnlich Langheineken S. 46, 304; dagegen Windscheid § 133.

Ich glaube, daß sich aus den zu I—VI angeführten Argumenten die Unrichtigkeit der Leugnungstheorie genugsam ergibt. Es ist merkwürdig, daß sie trotzdem immer und immer wieder verteidigt wird, und eigentümlich, mit welcher Unlogik man hierbei bisweilen verfährt.

Auch Leonhard zähle ich unter die Anhänger und Verteidiger der Leugnungstheorie, wenngleich sich A. Rosenthal[1]) bemüht hat, das Gegenteil zu beweisen. Denn obwohl zwar Stölzels Lehre mit dem Grundprinzip: „in dubio pro reo — dem Beklagten die günstigere Position!" der Lehre Leonhards, die vor allen Dingen volle Billigkeit und Wahrscheinlichkeit betont, prinzipiell entgegensteht (hierin kann ich Stölzels Ansicht[2]) nicht teilen), so kommt doch Leonhard, nachdem er die Scheidung von Beweisführung und Beweislast gefunden hat, bei der Behandlung der näheren Beweislastfragen zum Schluß zu dem gleichen Resultat wie Stölzel, zum Prinzip der Leugnungstheorie. Schreibt er doch: „Die Anfangs- (aufschiebende) Bedingung hemmt den Eintritt der Hauptwirkung; — — — daher trifft die Beweislast den, der sich auf das Geschäft beruft" [3]). Ist denn Hemmung und Beseitigung dasselbe?

§ 19. Stellung der Gerichte und Kommentatoren.

Das Reichsgericht und die Oberlandesgerichte schwanken in ihren Entscheidungen fortwährend zwischen der Leugnungs- und Exzeptionstheorie. Erstere findet sich vor allen Dingen in RG., 68, 305 f.; JW., 32. Jahrg. 03, S. 47; Rspr. 03, Bd. 6, 87 (Celle) [4]) und in den von Stölzel in R. 01, S. 503 und R. 02, S. 571 angeführten Entscheidungen, in denen er nachzuweisen sucht, daß die Leugnungstheorie die herrschende, die Exzeptionstheorie aber zu verwerfen sei. Die Exzeptionstheorie ist vertreten in RG., 54, 373; 57, 46; ebenso JW., 33. Jahrg. 04, S. 173 und JW., 37. Jahrg. 08, S. 257 f. [5]), in Rspr. Bd. 5, S. 144. Dem Reichsgericht ist der Vorwurf der Inkonsequenz nicht zu ersparen. — — — Auch die Kommentatoren teilen sich in zwei Lager: während im Staudinger [6]) von Kober Entscheidungen [7]) angeführt sind, nach denen bei Anwendung des § 653, Abs. 2 dem Kläger die Beweislast auferlegt wird

1) JW., 37. Jahrg.
2) JW. 1908, 37. Jahrg. 393.
3) Die Beweislast, S. 315.
4) Auch bei Dernburg, II, § 339, Anm. 8 angeführt.
5) Von Rosenthal angeführt.
6) Zu § 653, S. 1240.
7) OLG. Dresden, R. 1906, S. 858 u. sächs. Archiv, Bd. 1, S. 74.

darüber, daß keine besondere Vergütung vereinbart war, muß nach der von Warneyer[1]) angeführten Entscheidung[2]) der Auftraggeber die vereinbarte Ausnahme beweisen, wenn er sich darauf beruft. Wenn man glaubt, daß Staubs Kommentar bei Besprechung der Vereinbarung eines bestimmten Preises im Kaufvertrag in seiner 9. Aufl. den Boden der Exzeptionstheorie verläßt und sich der Leugnungstheorie anschließt, weil nach ihm „in der Einwendung des Käufers gegen den den ortsüblichen Preis einklagenden Verkäufer, es sei ein bestimmter geringerer Preis vereinbart, keine Einrede, sondern das Bestreiten der Klagebehauptung" zu erblicken ist und „der Verkäufer deshalb beweisen muß, daß die vom Käufer behauptete Vereinbarung nicht getroffen wurde"[3]), so ist man hierbei im Irrtum, wenngleich die Herausgeber der 9. Auflage selbst dort[4]) von den in Anmerkung 32 der allgemeinen Einleitung 6./7. Auflage entwickelten Grundsätzen über die gegenteilige Meinung sprechen.

Staub selbst war vielmehr gerade in diesem Punkte derselben Ansicht wie sein Gegner Stölzel. „Hat", so fragt er, „der Verkäufer wenn er den angemessenen Kaufpreis fordert, zu beweisen, daß ein bestimmter Preis nicht vereinbart sei? Oder hat vielmehr der Käufer zu beweisen, daß ein bestimmter Preis vereinbart sei? Wir sollten meinen, daß die Frage zweifellos im Sinne der ersteren Alternative zu lösen sei"[5]). Er kommt damit zu demselben Resultate wie Stölzel, wenngleich seine Begründung eine andere ist. Er begründet seine Ansicht aus den Vorschriften des BGB. Einen nicht durch Vereinbarungen oder sonst genau fixierten Kaufpreis könne der Verkäufer nur dann und erst dann fordern, wenn ihm selbst die Preisbestimmung überlassen worden sei. Dem Sinne des § 433, Abs. 2 sei Genüge getan, da in der Verabredung, daß der Verkäufer den Preis bestimmen könne, eine Vereinbarung über den Kaufpreis zu erblicken sei. Wenn dies aber verabredet ist, so sei nach § 315 im Zweifel anzunehmen, daß die Bestellung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Der Verkäufer könne dann den ortsüblichen, angemessenen Preis fordern. Das Recht, diesen Kaufpreis zu fordern, setze hiernach voraus, daß ein Kaufvertrag der gedachten Art geschlossen sei. Da aber Kaufpreisvereinbarung, also in diesem Falle Verabredung, daß der Verkäufer den Preis bestimmen könne, ein essentiale des Kaufsvertrags, also Grundlage des Rechts des Verkäufers, sei, so müsse der Verkäufer diese Grundlage beweisen. Indem nun § 316 BGB. weiter bestimme: „Ist der Umfang der für eine Leistung

1) 9. Jahrg. 1911, S. 94; ebenso G. Planck, BGB. II, S. 637.
2) Rostock, 23. Juni 1908, OLG., Rspr. 20, 215.
3) Könige-Pinner-Bondi, Bd. 2, S. 534. Exk. vor § 373, Anm. 85.
4) A. a. O.
5) Staub S. 12.

versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt, so steht die Bestimmung im Zweifel demjenigen Teile zu, welcher die Gegenleistung zu fordern hat", sei der Rechtssatz zum Ausdruck gebracht, daß der Abschluß eines Vertrages, in welchem dem, der die Gegenleistung zu fordern hat, die Preisbestimmung nach billigem Ermessen überlassen ist, dem Abschlusse eines Vertrages unter Nichtbestimmung der Gegenleistung gleichbedeutend sei. Der Verkäufer könne in diesem Falle also analog dem vorigen Falle den angemessenen Preis fordern. Natürlich müsse er, wie dort, beweisen, daß ein solcher Kaufvertrag unter Nichtbestimmung des Kaufpreises geschlossen sei; denn dieses bilde ja die Grundlage seines Rechtes.

Ich komme in dieser Frage zu demselben Ergebnisse wie sowohl Staub als auch Stölzel, wenngleich ich mit einer anderen Begründung, der aus der Normenlehre, wesentlich schneller zum Ziel zu kommen glaube. Indem das BGB. im Kaufvertrag keine den §§ 612, 632, 653 entsprechende Regelnorm aufstellt, daß in Ermangelung einer Preisvereinbarung die übliche Vergütung als vereinbart gilt, macht es den Inhalt des § 433 absolut zur Hauptnorm, die für die Vertragskontrahenten den Mindesttatbestand enthält. Die Vereinbarung über den Kaufpreis bildet demnach stets für den klagenden Verkäufer ein Mindesttatbestandsmerkmal, für das er beweispflichtig ist, mag es in positiver oder negativer Form vorliegen. Fordert der Verkäufer den „angemessenen Preis", so muß er beweisen, daß die vom Verkäufer behauptete Vereinbarung nicht getroffen wurde.

Kapitel V.

Ausführung.

§ 20. Zusammenfassung und Begründung des Vorgetragenen.

Der von mir in vorliegender Arbeit bezeichnete Weg wird stets am sichersten und am schnellsten zur Beantwortung der Frage nach der Beweislastverteilung führen. Es sind nach ihm, wie vorgetragen, stets folgende Prüfungen anzustellen:

I. Gesteht die eine Partei die vom Gegner behaupteten Tatsachen zu oder gibt sie bezüglich dieser Tatsachen einräumende Erklärungen ab, die als Geständnis anzusehen sind, so bedürfen diese Tatsachen keines Beweises (§§ 288, 289 ZPO.)!

II. Leugnet die eine Partei die Behauptung des Gegners, so trifft die Beweislast bezüglich dieser Behauptung den Gegner.

III. Die eine Partei stellt den Behauptungen der anderen Partei Gegenbehauptungen entgegen:

Welcher Natur ist das zugrundeliegende Rechtsgeschäft, welcher Natur die aufgestellten Behauptungen? Feststellung, ob eine der oben[1]) aufgeführten positiven Beweisverteilungsregeln des BGB. Anwendung finden! Negatives Resultat, so: Zerlegung des ganzen Rechtsverhältnisses nach den einschlägigen Gesetzesnormen in seine Tatbestandsmerkmale, genaue Analysierung des ganzen Aufbaues des vorliegenden Tatbestandes, um Haupt- und Gegennormen festzustellen und den Mindesttatbestand (Klagegrund) zu formulieren! Hierbei Beachtung, daß nicht von vornherein die Gesetzesnorm, der eine Ausnahmenorm entgegensteht, als Hauptnorm gilt. Vielmehr ist dies erst dann der Fall, wenn die gedachte Ausnahmenorm nicht abermals von einer Ausnahme durchbrochen wird. Andernfalls bildet die durchbrochene Ausnahme selbst die Regelnorm gegenüber der sie durchbrechenden Ausnahme! Denn stets die letzte Ausnahme bildet die Gegennorm, und die ihr vorangehende Norm steht ihr als Regelnorm entgegen. Bei dieser Prüfung ist vorsichtig zu verfahren; denn zumeist sind in einer solchen Regelnorm noch mehrere Tatbestandsmerkmale der Hauptnorm, der sie selbst als Ausnahmenorm gegenübersteht, der Grundnorm also, enthalten. Daß diese dann mit zum Mindesttatbestand der zweiten Regelnorm gehören, ist selbstverständlich.

Für die Beweislast gilt der Satz: Jede Partei hat die ihr beweisbedürftigen, unentbehrlichen Tatbestandsmerkmale zu beweisen, d. h. für den Kläger: den Mindesttatbestand; (Mindesttatbestand = Hauptnorm allein, wenn Beklagter sich auf die Ausnahmenorm stützt; andernfalls: Mindesttatbestand = Hauptnorm + Nebennorm, auf welche sich Kläger stützt.)

Eine genaue Auflösung und logische Zerlegung des jeweiligen Tatbestandes muß stets ergeben, wer zu beweisen hat. Antwortet Beklagter auf die Behauptungen des Klägers mit einem „Nein", so trifft den Kläger für seinen Klagegrund die Beweislast; antwortet er dagegen mit einem „Ja", aber . . .", so hat er das „Aber" zu beweisen, falls darin das Behaupten des Vorliegens einer für ihn beweisbedürftigen, unentbehrlichen Gegennorm zu erblicken ist.

Bezüglich des besonderen Falles der Dispositivnormen und Bedingungen mußte ich infolge des von mir dargelegten Prinzipes logischerweise zur Ablehnung der Leugnungstheorie kommen.

Aus dem Charakter der Dispositivregeln, die vom Gesetzgeber als der stereotype Bestand üblicher Parteivereinbarungen angesehen werden wollen, ergibt sich, daß eine praesumtio facti[2]) für ihr Vorhandensein

1) § 7.

2) S. oben § 15; vgl. auch Hellwig, System, § 157, S. 476, Anm. 28.

streitet. Da jedoch in Einzelfällen diese Normalvereinbarungen hart und unbillig sein können, so hat das Gesetz den Parteien statt ihrer besondere Verabredungen gestattet. „Aber jede Vereinbarung dieser Art ist eine Sonderabrede, eine Abweichung von der gesetzlichen Regel, eine Ausnahme von dem, was der Gesetzgeber als die normale Ordnung der Dinge hingestellt hat“ [1]). Daraus ergibt sich, daß der Beweis für diese vom Gesetz gestatteten, aber dem Normalverlauf widersprechenden Sondervereinbarungen den trifft, der sie behauptet. Die Dispositivnorm gibt dem, der ihr Vorliegen behauptet, eine Vermutung für ihr Vorliegen, für das Vorhandensein des Normalen. Deshalb braucht ein Nichtvorliegen des besonders Vereinbarten nicht von diesem bewiesen zu werden. Vielmehr trifft der Beweis der besonderen Abrede den Gegner.

Ebenso ist in dem Hinzusetzen einer Bedingung zu einem Vertrage eine Sonderabrede zu erblicken, für welche der, welcher sie behauptet, beweispflichtig ist. Die gegnerische Meinung [2]) dagegen unterscheidet hier scharf die auflösende von der aufschiebenden Bedingung und regelt die Beweislast bei der einen anders als bei der andern. Sie, die doch sonst stets das Erfordernis der Einheitlichkeit des ganzen Rechtsgeschäftes aufstellt und verteidigt, erblickt hier in dem Vorbringen des Beklagten, es bestehe eine auflösende Bedingung, eine „zur Beweislast des Behauptenden fallende Einrede“ [3]), weil der Bedingungseintritt diejenigen Rechtswirkungen, welche bei der noch schwebenden Resolutivbedingung zugunsten des Klägers bestehen, zugunstendes Beklagten beseitigt; sie sieht dagegen in der Behauptung des Beklagten, das nach der klägerischen Darstellung bedingungslos abgeschlossene Geschäft sei unter einer noch nicht eingetretenen Suspensivbedingung abgeschlossen, eine reine Klageleugnung und gibt daher dem Kläger den Beweis der Bedingungslosigkeit des Vertrages.

Mit meinen Ansichten über die Beweisverteilung läßt sich das Vorgetragene nur bezüglich der Resolutivbedingung vereinen. Bei ihr komme ich zu dem nämlichen Resultate. Das Vorbringen des Beklagten dagegen, es liege eine noch nicht eingetretene Suspensivbedingung vor, ist meines Erachtens gleichfalls eine Einrede, für die der Beklagte beweispflichtig ist. Denn sowohl in der Behauptung, eine Resolutivbedingung, unter der das Geschäft abgeschlossen, sei bereits eingetreten, als auch in dem Vorbringen, der Vertrag sei unter einer aufschiebenden Bedingung zustande gekommen, welche noch nicht erfüllt, liegt ein „Ja — —! Aber ....“ An diesem „Aber“ nun ist der Beklagte interessiert, also auch, sofern die übrigen Erfordernisse

---

1) Staub S. 13.

2) v. Staudinger, Bd. I, S. 602.

3) A. a. O.

der Beweisbelastung (Unentbehrlichkeit, Bedürftigkeit) für ihn gegeben sind, dafür beweispflichtig. Stützt dagegen der Kläger selbst sich auf das Vorliegen einer Bedingung und leugnet Beklagter dasselbe, so trifft die Beweislast den Kläger; denn das Normale bleibt bei allen Verträgen der bedingungslose Abschluß. Wer den Ausnahmezustand des besonderen Vereinbarens einer Bedingung (auflösender oder aufschiebender Natur) behauptet, muß ihn im Bestreitungsfalle durch den Gegner beweisen. Denn die Ausnahmenorm steht stets zu Beweis dessen, der sich auf sie stützt [1].

§ 21. Schluß.

So schließe ich mich bei der Beweislastverteilung der Exzeptionstheorie [2]) an und glaube, ihre Richtigkeit aus der Normenlehre bewiesen zu haben. Ich weiß wohl, daß ich mich damit zu der heute wohl überwiegenden Ansicht in Widerspruch setze, kann aber nicht umhin, deren Richtigkeit nach wie vor auf das Entschiedenste zu verneinen.

1) Ders. Ans. Staub, S. 23.

2) Ebenso Beckh, Betzinger, Dernburg, Düringer-Hachenburg, Fitting, Gareis, Koffka, J. W. Planck, Puchta (S. 214), Rosenthal, Rosenberg, Staub.